

**BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.  
CÁMARA DISCIPLINARIA****SALA DE DECISIÓN No. 9 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA  
BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.****RESOLUCIÓN No. 239  
(12 DE AGOSTO DE 2013)****POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA**

La Sala de Decisión No. 9 de la Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales, mediante comunicación ASI-373 del 28 de agosto de 2012<sup>1</sup>, por los hechos descritos en la misma. La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, mediante comunicación OB-AdmSmej-0245-12C del 26 de septiembre de 2012<sup>2</sup>, dentro del término reglamentario establecido para el efecto, presentó sus explicaciones formales pronunciándose sobre cada uno de los hechos objeto de investigación y allegando pruebas al expediente.

El día 21 de marzo de 2013, el Jefe del Área de Seguimiento de la Bolsa, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 9 la cual fue integrada por los doctores Juan Carlos Cardozo Cruz, Jaime Arias Molina y Reinaldo Vásquez Arroyave.

---

<sup>1</sup> Cuaderno No. 2 folios 505 a 518

<sup>2</sup> Cuaderno No. 2 folios 780 a 815



En sesión No. 320 del 3 de abril de 2013, la Sala de Decisión No. 9 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 221 de 2013 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado. La misma fue notificada por aviso fijado los días 11, 12 y 15 de abril de 2013.

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, mediante escrito del 7 de mayo de 2013, dentro del término establecido para el efecto, presentó sus descargos institucionales y en los mismos solicitó la práctica de pruebas adicionales. En sesión 326 del 24 de mayo de 2013, la Sala de Decisión No. 9 decretó la práctica de pruebas documentales las cuales fueron incorporadas al expediente, y negó la práctica de las demás pruebas solicitadas por la sociedad comisionista, tal como consta en la Resolución 227 del 6 de junio de 2013.

En sesión 337 del 12 de julio de 2013, la Sala de Decisión No. 9 estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente, aprobando el presente fallo, por unanimidad.

## II. DE LA COMPETENCIA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas, miembros de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 9 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

## III. SÍNTESIS DEL PLIEGO DE CARGOS

En el pliego de cargos, se efectúa una síntesis de los hechos, se exponen las explicaciones presentadas por la sociedad comisionista y posteriormente se hace referencia a cada una de las operaciones objeto de investigación y las normas que considera vulneradas con la conducta.

En la recomendación de la sanción se refiere a los *“efectos que el incumplimiento de las operaciones celebradas en el mercado abierto generan para el mercado, pues el incumplimiento de una operación de Bolsa atenta de manera grave los principios fundamentales sobre los cuales se cimienta el mercado bursátil, pues tiene la virtualidad de afectar la confianza y seguridad del*



*público en los mercados administrados por la Bolsa*". Agrega que se trata de varios incumplimientos y por ende, se refiere a la conducta reiterativa de incumplimiento.

#### IV. SÍNTESIS DE LA DEFENSA

Se refiere la sociedad comisionista a los antecedentes del proceso así como a las normas citadas como infringidas tanto en las explicaciones formales como en el pliego de cargos señalando que *"se evidencia tres (3) imputaciones normativas diferentes, las cuales causan confusión y error, impidiendo que OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. ejerza en debida forma su derecho de defensa y pretermitiendo así, la etapa de explicaciones (...)"*.

Esgrime en primer lugar argumentos referidos al proceso disciplinario en especial referidos a una indebida formulación del pliego de cargos por las siguientes razones: (i) multiplicidad de imputaciones normativas, (ii) falta de determinación de la norma presuntamente violada, (iii) vigencia de las normas en el tiempo, (iv) conceptos de violación incompletos y (v) el pliego de cargos no cumple con los requisitos exigidos por el Reglamento de la Bolsa. Acto seguido se refiere a algunos aspectos comunes de los argumentos previos.

Posteriormente se refiere de manera general a los incumplimientos de las operaciones que imputa el área de seguimiento pronunciándose frente a los siguientes aspectos: (i) delimitación de las operaciones que integran el proceso disciplinario, (ii) delimitación de las infracciones que integran el proceso disciplinario, (iii) situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.

Luego se refiere al alcance de los principios e intereses señalando que: *"en ningún momento se explica cómo los comportamientos de mi representada violentaron las normas referidas, mucho menos entonces, cómo desconocieron, en la celebración de operaciones y contratos, los principios de lealtad, claridad, precisión, buena fe, responsabilidad y los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia"* y se refiere de manera específica al principio de lealtad y los deberes de claridad, precisión, seguridad, honorabilidad y diligencia.

Finalmente, se refiere a cada una de las operaciones objeto de investigación.

La Sala se pronunciará sobre cada uno de los argumentos expuestos por la sociedad comisionista investigada en el acápite correspondiente.



## V. CONSIDERACIONES GENERALES

### 5.1. De las pruebas que obran en el expediente.

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 216 de 2013, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en cuatro (04) cuadernos, con un total de 2030 folios y un (1) CD con material probatorio, así como las practicadas por la Sala que fueron incorporadas al expediente en el Cuaderno No. 5 a folios 184 a 185.

Ahora bien, la sociedad comisionista en sus descargos solicitó la práctica de pruebas adicionales, las cuales fueron en su mayoría negadas por la Sala, luego de analizar las condiciones que debe reunir la prueba, esto es la conducencia, pertinencia y utilidad; frente a cada una de las conductas imputadas. En el análisis de cada una de las conductas objeto de investigación se explicará la decisión de la Sala, y las razones por las cuales en cada una se encontró que la prueba solicitada era inútil, inconducente o impertinente.

En efecto, se demostrará el acervo probatorio que tomó como sustento la Sala para el análisis de los hechos objeto de investigación.

Igualmente debe anotarse que la Sala de Decisión evaluará cada uno de los argumentos esgrimidos por el investigado, y valorará de manera individual cada una de las pruebas obrantes en el expediente, otorgándole a cada una el correspondiente valor, con base en las reglas de la sana crítica.

### 5.2. De las normas citadas como infringidas, multiplicidad de imputaciones normativas y falta de determinación de la norma citada como infringida.

Señala en sus descargos la sociedad comisionista que en la solicitud formal de explicaciones y el pliego de cargos *“se evidencia tres (3) imputaciones normativas diferentes, las cuales causan confusión y error, impidiendo que OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. ejerza en debida forma su derecho de defensa y pretermitiendo así, la etapa de explicaciones (...)”*.

Al respecto se debe precisar que la solicitud formal de explicaciones es el escrito que da inicio al proceso disciplinario y en el cual se indican *“los hechos, la conducta observada y la probable norma violada (...)”*<sup>3</sup>. (negrillas por fuera del texto original)

<sup>3</sup> Artículo 2.4.3.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.



Nótese entonces que la solicitud formal de explicaciones contiene una calificación jurídica provisional. Las normas que se consideran como presuntamente vulneradas pueden archivarse al recibir las explicaciones formales o al surtirse la etapa probatoria en la etapa de investigación, encontrando el área de seguimiento que no hay lugar a imputar el incumplimiento de determinada disposición.

Ahora bien, señala el Reglamento de la Bolsa que: *“Si de la evaluación de las explicaciones presentadas por el investigado el Jefe del Área de Seguimiento encontrare hechos que no fueron apreciados en la investigación inicial que ameriten una profundización de la misma investigación o del inicio de la investigación de otras conductas, solicitará explicaciones adicionales al investigado sobre dichos hechos. En este caso, el término previsto para la remisión del pliego de cargos se volverá a contar a partir de la presentación de las nuevas explicaciones”*. En efecto, lo que no podría ocurrir es que se formularan cargos por hechos adicionales sobre los cuales no ha podido defenderse el investigado, sin embargo si puede el área de seguimiento determinar que ciertas disposiciones no han sido incumplidas, incluso respecto de una misma conducta.

Ahora bien, la formulación definitiva de los cargos se efectúa cuando el Jefe del Area de Seguimiento eleva pliego de cargos, el cual se remite a la Cámara Disciplinaria de la Bolsa. Es esta entonces la imputación que será estudiada por el órgano disciplinario y como se ha anotado, la misma podrá contener menos normas vulneradas que la imputación provisional (solicitud formal de explicaciones) pero no hechos adicionales.

En consecuencia, y analizadas cada una de las normas imputadas como infringidas por el área de seguimiento, efectivamente se encuentra que existe una variación de la imputación en algunos casos, en cuanto disposiciones que se encontraron presuntamente vulneradas en la solicitud formal de explicaciones no se imputan en el pliego de cargos, lo cual además de ser válido confirma el ejercicio del derecho de defensa, ya que a partir de los argumentos esgrimidos por el investigado y las pruebas allegadas y practicadas, se determina la exclusión de algunas normas.

Por ejemplo, se tiene que en el caso de la operación No. 12539938 en el pliego de cargos no se imputa la vulneración de los numerales 10 y 20 del artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010 y los artículos 5.2.1.15. y 5.2.2.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. Sin embargo, no evidencia la Sala que existan imputaciones incongruentes o adicionales en el pliego de cargos que no hayan sido incluidas en las explicaciones formales.

Ahora bien, señala la sociedad comisionista que en el pliego de cargos existen dos imputaciones, una general y otra por cada conducta, sin embargo se debe aclarar que el



párrafo que cita la sociedad en sus descargos<sup>4</sup>, pertenece al acápite de HECHOS en donde el área de seguimiento explica las normas consideradas como vulneradas en las explicaciones formales, por lo tanto, no se trata de una imputación diferente.

Así las cosas no encuentra la Sala que exista vulneración alguna al debido proceso y al derecho de defensa, por cuanto no se presenta incongruencia entre la calificación preliminar y la formulación de los cargos.

Ahora bien, en cuanto al argumento de la investigada según el cual el área de seguimiento *“dentro del proceso de la referencia, ha realizado tres (3) imputaciones normativas diferentes, situación que, a todas luces implica una transgresión del literal b) del artículo 32 de la Ley 964 de 2005, en el sentido de que no existe norma específica que sustente el incumplimiento”*<sup>5</sup>, debe señalarse que una misma conducta puede vulnerar varias normas legales y reglamentarias. En efecto, los deberes reglamentarios imputados como infringidos, no se excluyen entre sí. Por lo tanto no es viable interpretar la ley en el sentido de que únicamente se pueda imputar una norma como vulnerada.

Ahora, lo anterior no implica que no exista una norma que de manera específica impone la obligación que se incumple. En efecto, es claro el Decreto 2555 de 2010 al señalar como deber de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa el de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*. La entrega extemporánea del producto o sin cumplir las condiciones negociadas (calidad, ficha técnica) implica una vulneración de esta norma, sin perjuicio que dicha vulneración conlleve al incumplimiento de los deberes generales que como profesional le son aplicables a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Igualmente, el incumplimiento de cualquier obligación pactada en la negociación, conlleva a la vulneración del numeral 11 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que impone el deber de *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones*

---

<sup>4</sup> El párrafo citado es el siguiente: *“De esta forma, en relación con los incumplimientos de las obligaciones actuando como comisionista vendedor y como comprador el operador bursátil estaría contraviniendo las disposiciones contenidas en los numerales 6, 8, 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 (anterior artículo 29 del Decreto 1511 de 2006), así como de los numerales 1, 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. De esta forma, la sociedad comisionista estaría incurriendo en las conductas objeto de investigación y sanción descritas en los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.14 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.”*

<sup>5</sup> El citado artículo señala: *Cuando haya lugar a un proceso disciplinario, el organismo de autorregulación que ejerza las funciones disciplinarias, deberá formular los cargos, notificar al miembro y dar la oportunidad para ejercer el derecho de defensa. Igualmente, se deberá llevar una memoria del proceso. Todo proceso disciplinario deberá estar soportado por: (...) b) La norma del mercado de valores o del reglamento del autorregulador que específicamente incumplieron; (...)*



*que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”.*

En efecto, en el proceso adelantado por el órgano autorregulador el reproche disciplinario se efectúa por el quebrantamiento de la norma que se encuentra concebida para preservar la seguridad, transparencia, confiabilidad y honorabilidad del mercado. Por lo tanto, el Reglamento determina unas directrices o modelos de conducta de los profesionales que participan en este mercado estableciendo un catálogo de deberes que deben seguir los sujetos autorregulados y cuyo incumplimiento, conlleva el reproche disciplinario.

De otra parte, se refiere la sociedad comisionista a la *“falta de determinación de la norma precisamente violada”* por cuanto se cita de manera indistinta el Decreto 1511 de 2006 y el Decreto 2555 de 2010.

Al respecto debe aclararse que lo anterior ocurre por cuanto el primero de ellos (Decreto 1511) fue recogido por el Decreto 2555, sin que se modificaran las normas allí establecidas.

El Decreto Reglamentario 1511 expedido el 15 de mayo de 2006, estableció las normas aplicables a las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, sus miembros y los organismos de compensación y liquidación de las operaciones que se realicen por su conducto. En el título segundo de este decreto se reglamenta de manera específica la actividad, deberes y obligaciones de los miembros de la Bolsa. De acuerdo con el artículo 51 del mencionado Decreto, entró en vigencia a partir de la fecha de publicación.

El artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 –contenido en el capítulo VII del título segundo– determina unas obligaciones generales de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*.

Ahora bien, las disposiciones mencionadas del Decreto 1511 de 2006, fueron incorporadas en el Libro 11 del Decreto 2555 de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. El anterior artículo 29 del decreto 1511, quedó consagrado en el artículo 2.11.1.8.1. del decreto 2555, cambiando su numeración más no así su texto.

Por lo tanto no se presenta falta de determinación de la norma vulnerada, toda vez que el deber que se entiende infringido es el mismo, el texto que define el deber u obligación es el mismo; únicamente se presentó un cambio de numeración al ser recogido el anterior decreto en el decreto único.

### 5.3. Vigencia de las normas en el tiempo

Señala la sociedad comisionista que *“las operaciones que dieron origen a la presente investigación, se evidencia que éstas fueron celebradas entre los años 2009, 2010, 2011 y 2012 y las obligaciones inherentes a ellas se debieron cumplir indistintamente, en alguna de dichas anualidades. Lo anterior nos generó la duda acerca de las normas que se encontraban, vigentes, tanto procedimentales como sustanciales, respecto de cada operación individualmente considerada”*.

En efecto, mediante comunicación OB-AdmSmej-0121-13C del 17 de abril de 2013, la sociedad comisionista solicitó a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria *“copia de todo (sic) las modificaciones realizadas al Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia – BMC, autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en lo atinente a la facultad disciplinaria, proceso disciplinario e infracciones”*. Posteriormente, mediante comunicación OB-AdmSmej-0133-13C hizo extensiva la solicitud a *“todas las reformas que se hayan realizado al Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia – BMC, respecto de las normas citadas en la Solicitud Formal de Explicaciones y en el Pliego de Cargos”*.

Al respecto debe señalarse que la Cámara Disciplinaria de la Bolsa no ejerce la función normativa de la autorregulación, y por lo tanto, sus pronunciamientos frente a la interpretación o aplicación de las normas reglamentarias únicamente pueden darse para el caso concreto y a través de Resoluciones.

En consecuencia mediante comunicación CD-206 del 29 de abril de 2013, si bien se le informó a la sociedad comisionista sobre las modificaciones efectuadas en relación con el Libro II del Reglamento que desarrolla el régimen de autorregulación también se señaló que *“cualquier duda adicional que surja en relación con el Reglamento y la vigencia de sus disposiciones le rogamos dirigirla a la Dirección Jurídica de la Bolsa para que atienda sus inquietudes”*.

Ahora bien, en el análisis de cada una de las conductas objeto de reproche y siendo esta la instancia para pronunciarse, analizará la Sala la vigencia de la norma para la época de la ocurrencia de los hechos, para determinar si la imputación realizada por el área de seguimiento es la adecuada. En caso contrario, no existirá mérito para sancionar por la norma que haya sido imputada erradamente. En efecto, el pronunciamiento sobre la vigencia de las normas, es un pronunciamiento de fondo.



#### 5.4. De los conceptos de violación incompletos.

Señala la sociedad comisionista que *“hay ausencia de información mínima necesaria para identificar plenamente los incumplimientos y los actos constitutivos de la infracción. En ese orden de ideas, no se observa el señalamiento concreto de los actos desplegados por **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que llevaron a considerar violada cada norma que hace parte de la imputación y en especial los siguientes aspectos: ¿Cómo habría incumplido sus obligaciones?; ¿Cómo se desconocieron disposiciones legales y reglamentarias en la ejecución de las operaciones?; ¿Cómo se incumplieron los deberes y principios de la actividad?; ¿Cuáles requisitos de la Ficha Técnica de Negociación no cumplieron y cómo no lo hizo?; ¿Cómo fue que presto indebida asesoría a sus clientes?; ¿Cómo fue que publicitó mal los productos de la sociedad?”.*

Al respecto se debe señalar que contrario a lo señalado por la sociedad comisionista, el concepto de la violación y la exposición de los motivos de la vulneración se encuentran plasmados en el acápite en donde se evalúan las explicaciones presentadas, las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias presentadas.

Considera la Sala que es claro el pliego de cargos al individualizar la conducta que considera vulneró las normas aplicables, ya que como se ha anotado el incumplimiento de las obligaciones pactadas en la negociación que sólo en cabeza de la sociedad comisionista se encuentran, implican un desconocimiento de las normas aplicables que determinan el deber de cumplir las operaciones celebradas y las obligaciones adquiridas. Si la sociedad comisionista no entregó el producto en la fecha o calidad pactada o incumplió alguna de las obligaciones establecidas en el desarrollo de la operación como serían aquellas determinadas en las fichas técnicas (que claramente señala el área de seguimiento de manera expresa), no puede, conociendo este mercado, las operaciones que en él se celebran y la calidad en la que actúa el comisionista en las mismas, señalar que no entiende por qué existe una vulneración. Es bien sabido que en este mercado las sociedades comisionistas deben cumplir las operaciones en las condiciones pactadas de manera íntegra y sin que sea posible alegar la falta de provisión de fondos.

Lo anterior se demostrará posteriormente evaluando cada una de las normas señaladas como infringidas de cara a la imputación efectuada por el área de seguimiento, los argumentos señalados por la sociedad comisionista y las consideraciones respectivas de la Sala de Decisión.

#### 5.5. De los requisitos exigidos por el Reglamento para elevar pliego de cargos.

Considera la investigada que el pliego de cargos no cumple con dos de los requisitos para elevarlo: (i) síntesis de los hechos y (ii) análisis de las pruebas recaudadas hasta el momento.



En efecto, el artículo 2.4.3.7. del Reglamento determina que *“El pliego de cargos deberá contener una síntesis de los hechos investigados, una evaluación de las explicaciones presentadas, un análisis de las pruebas recaudadas hasta ese punto y la recomendación a la Cámara Disciplinaria de la imposición de una sanción”*.

Al respecto considera que en el acápite de síntesis de los hechos el área de seguimiento no efectúa síntesis alguna ni señala características mínimas de las operaciones.

Si bien es cierto que no se establecen las circunstancias que rodearon las operaciones, debe señalarse que las mismas además de desarrollarse de manera posterior en el pliego de cargos son tenidas en cuenta por la Cámara Disciplinaria para determinar los aspectos atenuantes o agravantes de la conducta. No obstante lo anterior, es claro que los hechos que dan inicio a la investigación se relacionan con que en la fecha pactada para dar cumplimiento a determinada obligación, ésta no se concretó o porque la administración de la Bolsa certificó que determinada obligación dentro de la operación, no se cumplió.

En efecto señala el Reglamento que la solicitud formal de explicaciones *“podrá ser impulsada de oficio o por solicitud de la administración de la Bolsa o mediante queja formulada por cualquier sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por personas vinculadas a éstas, por un cliente de éstos, o por un tercero que demuestre interés”*. De esta manera, la norma al señalar una *“síntesis de los hechos investigados”*, se refiere precisamente al evento que impulsó la investigación que en el caso concreto es en todas las operaciones una certificación del incumplimiento por parte de la Bolsa.

En lo que se refiere al análisis de las pruebas recaudadas, no señala la sociedad comisionista cuál de las pruebas que obraba en el expediente no fue tenida en cuenta por el área de seguimiento, y por el contrario se evidencia que en el estudio de cada operación de manera específica, se señala en el pliego de cargos las pruebas que fueron el sustento de la imputación.

Ahora bien, para el análisis de la conducta y la determinación de la responsabilidad disciplinaria, la Sala analizará cada una de las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias presentadas alrededor de la conducta. Si determinada prueba no fue tenida en cuenta y desvirtúa la imputación, así será fallado por la Sala.

## **5.6. De la delimitación de las operaciones que integran el proceso.**

Señala la investigada que se generan dudas respecto de las operaciones incumplidas, por cuanto existen operaciones que se repiten tanto en la solicitud formal de explicaciones como en el pliego de cargos, lo cual hace que se confunda el total de operaciones objeto del proceso.



Al respecto debe señalarse que de ninguna manera estos errores de digitación “condicionan al sujeto pasivo del proceso disciplinario al momento de estructurar su defensa” pues es claro que si una operación se repite, se tendrá que pronunciar sobre la misma simplemente una vez, sin que pueda entenderse que genera confusión. En efecto, más aún cuando en el caso concreto las conductas se encuentran delimitadas por un número específico de operación celebrada en la Rueda de Negocios de la Bolsa, no es posible inducir a error frente a la situación fáctica analizada.

Ahora bien, dicho argumento es menos aceptable aún cuando se tiene en cuenta que la Resolución de Admisión No. 221 de 2013, por medio de la cual admitió el pliego de cargos y se dio traslado al mismo, delimitó las operaciones que eran objeto de investigación y sobre las cuales continuaría el proceso disciplinario (eliminado aquellas sobre las cuales se decidió archivar) refiriéndose a las catorce operaciones que menciona la investigada en sus descargos.

De otra parte, debe señalarse que la recomendación para la imposición de la sanción no se hace como lo señala la investigada con fundamento en 24 operaciones pues dicho número ni siquiera se menciona, sino en las conductas analizadas por el área de seguimiento y sobre las cuales decidió elevar pliego de cargos que se desarrollan frente a 14 operaciones. Adicionalmente debe mencionarse que el área de seguimiento, si bien hace una recomendación de sanción, tal como lo exige el Reglamento, la misma es genérica, por lo tanto, no podría reducirse la medida de la misma como lo señala la sociedad comisionista en sus descargos, pues no existe ninguna ponderación al respecto en el pliego de cargos.

#### **5.7. De las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.**

La sociedad comisionista hace referencia a los elementos de la fuerza mayor - imprevisibilidad e irresistibilidad -, citando jurisprudencia sobre el tema.

En relación con la imprevisibilidad tal y como lo trae a colación la sociedad comisionista, ha señalado la jurisprudencia que debe analizarse el hecho en concreto frente a los siguientes aspectos: 1) su normalidad y frecuencia; 2) la probabilidad de su realización, y 3) su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo<sup>6</sup>. Ha sido clara la jurisprudencia al establecer que la fuerza mayor debe analizarse en el caso concreto y frente al fenómeno presentado de forma particular.

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de junio de 2000. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Igualmente en sus descargos la sociedad comisionista cita jurisprudencia en el mismo sentido.



Por su parte la irresistibilidad consiste en no poder evitar el acontecimiento ni sus consecuencias, no siendo posible obrar del modo debido.<sup>7</sup>

Así las cosas, aquellos eventos cuyos resultados puedan ser superados por parte del deudor o de quien tiene la obligación a su cargo, no podrían ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. En efecto, ha mencionado la Corte Constitucional al respecto<sup>8</sup>:

*Sobre este particular, ha precisado diáfananamente la Sala que la fuerza mayor “Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos” (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias” (Se subraya; sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente.*

Al respecto señala en sus descargos la sociedad comisionista que en algunas de las conductas bajo estudio se presentaron situaciones constitutivas de fuerza mayor, las cuales serán señaladas en cada acápite.

De manera preliminar debe señalar la Sala que dentro del carácter de profesionales diligentes y responsables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, están obligadas a efectuar un análisis de riesgos de las operaciones que realizan y por tanto, determinar los componentes complejos de la misma, identificar los riesgos, evaluarlos, generar mecanismos de mitigación de los mismos y por ende hacer seguimiento y monitoreo.

En este sentido es claro que la previsibilidad en este mercado debe analizarse bajo la óptica de la calidad del profesional del comisionista y en ese sentido determinar cuáles son las previsiones normales que en dicha calidad debe tener en consideración para efectos de determinar las circunstancias que podrían afectar el cumplimiento de la operación en virtud de los productos negociados.

En efecto, la posición reiterada de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa señala que en un mercado bursátil y específicamente en el administrado por la Bolsa sobre productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, el riesgo que se debe analizar y

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 26 de Noviembre de 1999. Igualmente en sus descargos la sociedad comisionista cita jurisprudencia en el mismo sentido.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de julio de 2005.



sobre el cual las sociedades comisionistas deben evaluar las posibilidades de cumplimiento, es aquél que se deriva del propio mercado y del producto negociado.

Es por lo anterior que es fundamental el análisis de riesgos que haga la sociedad comisionista sobre la negociación, el mercado y la capacidad de pago del cliente. Así la sociedad comisionista debe contar con un sistema de administración de riesgos que debe comprender como mínimo lo siguiente: (i) identificación de los riesgos potenciales; (ii) evaluación de los riesgos analizando su severidad, frecuencia, incidencia y causas; (iii) mecanismos de mitigación de los riesgos para enervar o limitar las consecuencias de su ocurrencia o para activar planes de contingencia tendientes a aminorar el impacto patrimonial de su ocurrencia y (iv) instrumentos de monitoreo de los riesgos que le permitan realizar un seguimiento de los mismos y verificación del cumplimiento de las políticas para su administración y mitigación.

Así, es necesario resaltar que la actuación de las sociedades comisionistas en los momentos previos a la negociación debe ir más allá de un despliegue meramente formal, y por el contrario como profesional del mercado debe contar con una organización que le permita de manera eficaz anticipar o prever los riesgos que su actividad pueda conllevar procediendo al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a que está sometido y empleando todos los medios razonables a su alcance para lograr el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En cuanto a la irresistibilidad, se analiza si la sociedad comisionista previendo el hecho adoptó todas medidas adecuadas para evitar que se presentara, esto es, si adoptó las medidas tendientes a propender por el cumplimiento de la operación.

Lo anterior, en todo caso bajo la óptica del contrato de comisión y de las normas que regulan las operaciones celebradas en este escenario, esto es, teniendo en cuenta que es la sociedad comisionista la obligada al cumplimiento de la operación y por tanto, el hecho alegado como constitutivo de fuerza mayor debe predicarse de ésta última.

#### **5.8. Alcance de los principios e intereses.**

Se refiere la sociedad comisionista en sus descargos, a la definición del deber de lealtad de acuerdo con la definición que trae el Reglamento en el artículo 5.1.3.4., señalando que el contenido de este deber se relaciona con la observancia de normas establecidas en materia de conflictos de interés, la proscripción de conductas contrarias a los sanos usos y prácticas constitutivas de operaciones no representativas del mercado.

Al respecto evidencia esta Sala que mediante Resolución 177 del 18 de abril de 2012, la Sala de Decisión No. 2 ya le había explicado a la sociedad frente al mismo argumento que



el deber de lealtad tiene un contenido propio y por lo tanto *“la interpretación según la cual se define la lealtad a la luz de otra disposición que no es aplicable, no es plausible toda vez que la lealtad que se exige en este mercado se erige como un principio orientador de la actividad que se desarrolla en la Bolsa por parte de los participantes, aplicables a las relaciones con los clientes, con las sociedades comisionistas a las que prestan sus servicios, con la Bolsa, y todos los agentes que en este mercado intervienen. Así el deber de lealtad, debe entenderse como deber de conducta presente en todas las actuaciones de las sociedades comisionistas y no solo en los supuestos enunciados por la investigada”*.

En efecto, el artículo que trae a colación la investigada, además de no haber sido imputado en ninguna de las conductas objeto de estudio, únicamente define el deber en su primer inciso, posteriormente trae algunas conductas que se entienden que por sí mismas vulneran este deber, sin embargo no excluye ni mucho menos establece de manera taxativa las conductas que pueden conllevar a considerar la actuación de una sociedad comisionista o persona vinculada, como desleal.

Ahora bien, en cada una de las conductas objeto de estudio se analizará si se vulneró el deber de lealtad entendido como la obligación que tienen los agentes del mercado de actuar simultáneamente de manera íntegra, franca, fiel y objetiva, actuando en el mejor interés de los clientes y de la integridad del mercado.

Igualmente define la sociedad comisionista en sus descargos los deberes de claridad, precisión, seguridad, honorabilidad y diligencia señalando que: *“el escenario que nos atañe es altamente técnico y profesional, así que dejar la imputación de los cargos al simple señalamiento de las normas presuntamente transgredidas sin desarrollar la concreción de la infracción en el concepto de la violación impide a la sociedad que represento defenderse en debida forma”*. En la misma línea menciona: *“Visto el concepto de violación, resulta pertinente manifestar que es imposible dilucidar ¿Por qué razón se consideró que **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** había desconocido los principios de lealtad, claridad y precisión, así como los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia? En ningún momento el Área de Seguimiento de la Bolsa Mercantil de Colombia – BMC señaló cuales conductas o comportamiento realizados por mi representada le llevaron a considerar dichas transgresiones y en qué forma particular se configuró la infracción, razón por la cual, como se manifestó en acápites anteriores, no es posible ejercer nuestro derecho de defensa en debida forma”*.

Debe anotarse que la vulneración de la norma que determina la obligación de conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad, no implica que se vulneren todos los deberes allí consagrados, sin embargo la conducta del profesional que participan en este mercado se analiza con un estándar más alto.



**VI. DEL INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO EN LAS OPERACIONES  
SOBRE FÍSICOS Nos. 9316830, 9741617, 10309847, 14090120, 14090128,  
13962397, 14291361 y 14291362.**

**6.1. HECHOS**

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor las operaciones sobre físicos que se detallan a continuación:

Tipo Op.	No. Operación	Fecha celebración	Valor	Producto	Cantidad	Fecha entrega inicial	Fecha entrega Final	Lugar de entrega
FW Simple	9316830	8-jun-09	\$124,800,000	Maíz Blanco Nacional Seco	160,000	1-sep-09	30-sep-09	Facatativa
FW Simple	9741617	31-ago-09	\$899,382,000	Maíz amarillo nacional seco Grado 1	1,650,000	15-sep-09	30-nov-09	Cerete
FW MCP	10309847	10-dic-09	\$96,450,000	Plántulas de especias maderables por lotes	1	3-mar-10	20-mar-10	Ibagué
DISP MCP	14090120	21-sep-11	\$6,975,000	Computador Portátil Tipo 1	2	21-sep-11	15-nov-11	Bogotá
DISP MCP	14090128	21-sep-11	\$8,670,000	Impresora láser color	1	21-sep-11	17-nov-11	Bogotá
FW Simple	13962397	31-ago-11	\$491,719,200	Maíz amarillo nacional seco Grado 1	700,000	1-oct-11	15-nov-11	Ciénaga
FW MCP	14291361	25-oct-11	\$220,464,671	Computador de escritorio tipo 4	91	25-oct-11	25-nov-11	Bogotá
FW MCP	14291362	25-oct-11	\$105,256,823	Lote monitores, impresoras, escáner, proyectores y discos duros	1	25-oct-11	25-nov-11	Bogotá

Las operaciones enunciadas fueron declaradas incumplidas por la administración de la Bolsa como se muestra a continuación:

No. Operación	Fecha celebración	PSD	Fecha
9316830	8-jun-09	603	15-oct-09
9741617	31-ago-09	740	18-dic-09
10309847	10-dic-09	556	28-jun-10
14090120	21-sep-11	747	24-nov-11
14090128	21-sep-11	747	24-nov-11
13962397	31-ago-11	753	25-nov-11
14291361	25-oct-11	808	15-dic-11
14291362	25-oct-11	820	26-dic-11

## 6.2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 6.2.1. Operación 9316830

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró la operación de forward simple No. 9316830 el 8 de junio de 2009, en calidad de comisionista vendedor sobre 160.000 kilogramos de Maíz Blanco Nacional Seco por un valor total de negociación de \$124.800.000. Las entregas se pactaron del 1 al 30 de septiembre.<sup>9</sup>

Mediante correo electrónico del 21 de agosto de 2009, el mandante comprador informa los puntos tratados en reunión llevada a cabo ese día y señala<sup>10</sup>: *“Esta operación se cerro (sic) para entrega 1 al 30 de Sept. Pero dado el atraso de la cosecha por parte de algunos asociados a Asprafal se concedió una extensión en las fechas de cumplimiento de la operación hasta el mes de Octubre. Esta situación fue reportada a Opciones Bursátiles quien sugiere realizar Otro Si a la operación forward validando este plazo”*.

De acuerdo con lo anterior, el 1 de septiembre de 2009 las partes remiten al departamento de operaciones acta firmada el 8 de junio de 2009 en la que de mutuo acuerdo amplían las fechas de entrega de la operación desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2009.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Comprobante de negociación e impresión del SIB Cuaderno No. 1 folios 43 a 45. Igualmente obran en el expediente los mandatos sin representación de para compra y para venta. (Cuaderno No. 1 folios 8 a 12 y 13 a 17).

<sup>10</sup> Cuaderno No. 4 folios 1963 a 1969

<sup>11</sup> Cuaderno No. 1 folio 18



El 2 de septiembre de 2009 la sociedad comisionista compradora Torres Cortes S.A., solicita a operaciones la modificación y les recuerda que *“nuestro mandante solo autoriza esta modificación previa verificación de las garantías básicas a las que haya lugar...”*<sup>12</sup>

El departamento de operaciones solicita al departamento jurídico de la Bolsa su concepto<sup>13</sup>, quien lo remite el 24 de septiembre de 2009<sup>14</sup> en este recuerda los requisitos para la aplicación del artículo 75 del Reglamento vigente para el momento de los hechos y explica que: *“las condiciones de oportunidad para la solicitud de modificación de una operación tienen carácter conjuntivo y no alternativo, situación que significa que para que la modificación solicitada sea procedente, deben necesariamente cumplirse los dos requisitos establecidos es decir que la solicitud se haga “... dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados...” (...)*” (negrillas pertenecen al texto original)

Obra en el expediente soporte de ampliación de la póliza de seguros y comunicación de remisión a la CC Mercantil<sup>15</sup>. Sin embargo, el 29 de septiembre de 2009 el departamento de operaciones responde a la sociedad comisionista que la solicitud de modificación no procede por no cumplir con los requisitos del artículo 75 del Reglamento.<sup>16</sup>

El 5 de octubre de 2009 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** remite comunicación a la Bolsa exponiendo las razones para solicitud de aplazamiento<sup>17</sup>. Este mismo día el mandante comprador remite correo electrónico a la sociedad comisionista Torres Cortés, señalando que es de mutuo acuerdo ampliar las fechas de entrega y no contemplan un incumplimiento toda vez que estas operaciones se encuentran dentro del programa Plan Agrícola<sup>18</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el 9 de octubre de 2009 las comisionistas compradora y vendedora ratifican la solicitud de modificación *“ya que por Fuerza Mayor el cultivo de Maíz Blanco Nacional sufrió demoras en la cosecha”*<sup>19</sup>. No se señala la fecha hasta la cual se solicitaría la prórroga.

No obstante lo anterior, mediante mail del 14 de octubre el mandante comprador envía relación de la cantidad recibida en la operación: 66.950 KG y solicita declarar el

---

<sup>12</sup> Cuaderno No. 1 folio 19

<sup>13</sup> Cuaderno No. 1 folio 25

<sup>14</sup> Cuaderno No. 1 folio 22 y 23

<sup>15</sup> Cuaderno No. 1960 a 1961

<sup>16</sup> Cuaderno No. 1 folio 26

<sup>17</sup> Cuaderno No. 4 folio 1959

<sup>18</sup> Cuaderno No. 4 folio 1958

<sup>19</sup> Cuaderno No. 1 folios 46 y 47



incumplimiento parcial.<sup>20</sup> La sociedad comisionista Torres Cortes solicita la declaratoria de incumplimiento por el saldo por entregar correspondiente a 93.050 kilogramos<sup>21</sup>. En consecuencia, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento mediante comunicación PSD-603 del 15 de octubre de 2009 en el que declaran el incumplimiento parcial<sup>22</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior el área de seguimiento imputa cargos por el incumplimiento en la entrega del producto reiterando que no se cumplió con los requisitos para efectuar una modificación de acuerdo con el Reglamento y que de todas formas, se volvió a solicitar prórroga después de dicho acuerdo.

Ahora bien, en el módulo de compensación del SIB se encuentra certificada la entrega el 24 de noviembre de 2009 por la cantidad total de producto.<sup>23</sup> Por lo tanto finalmente se entregó el producto pero de manera extemporánea.

Ello significa que finalmente el producto que tenía como fecha de entrega el día 30 de septiembre de 2009 finalmente, de acuerdo con la información que reposa en el sistema de información bursátil se entregó 55 días después de la fecha prevista para la misma.

En sus descargos señala que al momento de celebrar la operación, la totalidad del cultivo se encontraba sembrado y se había dado un margen de tiempo esperado para el crecimiento y entrega del mismo. Adicionalmente aclara que se efectuó previa evaluación y cumplimiento de los requisitos habilitantes del mandante así como requisitos para su vinculación y visitas y seguimiento de la cosecha. Igualmente reitera que se trataron se circunstancias de fuerza mayor aceptadas por la contraparte.

Solicitó por lo tanto, oficiar a la sociedad comisionista y mandante comprador para que informara si efectivamente se presentaron problemas climáticos y la infestación de plaga de los cultivos. Adicionalmente solicitó como prueba testimonial citar a funcionarios del mandante comprador e intermediario comprador competentes para que suministren esta información.

Al respecto evidenció la Sala que en auto de pruebas ASI-420-12 del 27 de noviembre de 2012 el área de seguimiento ofició a la sociedad comisionista investigada para que allegara *“documentación relativa a las situaciones que prueben las demoras en las cosechas y demás inconvenientes presentados con los cultivos. Así mismo informe si sobre estas situaciones se*

---

<sup>20</sup> Cuaderno No. 1 folio 48

<sup>21</sup> Cuaderno No. 1 folio 49

<sup>22</sup> Cuaderno No. 1 folio 50

<sup>23</sup> Cuaderno No. 4 Folio 1990



dio aviso al Departamento de Convenios Control Calidad de la BMC Exchange”<sup>24</sup>. En efecto, se allegaron correos electrónicos del mandante comprador en donde se refiere al retraso de la cosecha por condiciones del clima, así como al programa de control de infestación de plagas al cual se acogió el comitente vendedor<sup>25</sup>.

De las pruebas obrantes en el expediente, en especial las comunicaciones y acuerdos de ambas partes en la negociación, entiende la Sala que se prueba el hecho presentado con las cosechas, sin embargo, debe señalarse que efectivamente la sociedad comisionista no cumplió con los requisitos establecidos para efectuar de manera adecuada la modificación de la operación, lo cual, conllevó a que se incumpliera con las condiciones pactadas. En efecto, y de acuerdo a los puntos señalados previamente respecto de la fuerza mayor, debe señalarse que la sociedad comisionista pudo evitar el incumplimiento realizando la modificación en los términos establecidos en el Reglamento, pues debió tener conocimiento de las situaciones presentadas con las cosechas previamente para efectos de tomar las medidas pertinentes de manera oportuna. Así las cosas las consecuencias del hecho presentado no eran irresistibles para la sociedad comisionista, pues actuando con la prudencia de un buen hombre de negocios; debió anticiparse a las situaciones presentadas para evitar las consecuencias nocivas del incumplimiento.

Sin embargo para efectos de graduación de la sanción se debe tener en cuenta que finalmente se entregó el producto, aunque de manera extemporánea, y por lo tanto se mitigaron los efectos del daño causado. La Sala se pronunciará frente a los argumentos de adecuación típica de la conducta en el acápite de normas vulneradas.

### 6.2.2. Operación 9741617

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró la operación de forward simple No. 9741617 el 31 de agosto de 2009 en calidad de comisionista vendedor, sobre 1.650.000 kilos de maíz amarillo nacional seco Grado 1 por un valor total de negociación de \$899.382.000, para efectuar entregas desde el 15 de septiembre al 30 de noviembre de 2009<sup>26</sup>.

El 15 de diciembre de 2009 A R Triple A solicita se declare el incumplimiento por 1650 toneladas,<sup>27</sup> el cual es certificado por la Bolsa mediante comunicación PSD-740 del 18 de diciembre de 2009 en el que declaran el incumplimiento<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Obran en el expediente a folios 1958 a 1965 del Cuaderno No. 4

<sup>25</sup> Cuaderno No. 4 folios 1959 y 1964

<sup>26</sup> Comprobante de negociación e impresión del SIB (Cuaderno No. 1 folios 64 a 65). . Igualmente obran en el expediente los mandatos sin representación de para compra y para venta. (Cuaderno No. 1 folios 53 a 58 y 59 a 63)

<sup>27</sup> Cuaderno No. 1 folio 66



Ahora bien, el área de seguimiento en la etapa de investigación solicitó a la sociedad comisionista compradora AR Triple A Corredores de Bolsa informar y documentar sobre la situación presentada con la entrega del producto y los efectos para el mandante comprador frente al incumplimiento<sup>29</sup>. Al respecto señaló:

“ (...)

***i) Sobre la Situación presentada con la entrega:***

*El producto correspondiente a esta operación no fue entregado por la punta vendedora, según recibimos información en su momento por parte de la Firma Comisionista Vendedora, para el mandante vendedor Comercampo, no fue posible dar cumplimiento a esta entrega, por problemas internos, adicionalmente, no fue posible encontrar quien entregara el producto para dar cumplimiento a la operación.*

***ii) Efectos para el mandante comprador respecto al incumplimiento del producto.***

*Esta operación forward fue cerrada con fines de demostrar cumplimiento de absorción de cosecha para subasta de contingentes agropecuarios para nuestro mandante Invergranos, operación de subasta No. 9.764.913.*

*El efecto fue no cumplir con el compromiso adquirido en la subasta, con la consecuencia establecida por reglamento, que el mandante no pudo participar en la subasta siguiente del mismo producto.*

*Vale la pena aclarar le (sic) incumplimiento no tuvo una consecuencia económica más grave, pues nuestro mandante no hizo uso de los certificados IBSA, de lo contrario el efecto económico para el mandante habría sido bastante negativo. (...)”.*

Por lo tanto, si bien solicita la investigada en sus descargos oficiar a la punta compradora para que allegue escritos informando acerca de la imposibilidad, dado su conocimiento del tema, de producir maíz amarillo nacional seco en condiciones técnicas previstas para las fechas de los incumplimientos y citar a los funcionarios del mandante comprador e intermediario comprador competentes, para que informen sobre la misma situación; es claro que ya se había practicado la prueba por parte del área de seguimiento para efectos de que los compradores se pronunciaran al respecto. Por lo tanto no se estableció la utilidad de la prueba cuando la misma ya fue solicitada previamente y obra suficiente acervo probatorio en el expediente para esclarecer los hechos objeto de investigación.

---

<sup>28</sup> Cuaderno No. 1 folio 50

<sup>29</sup> La sociedad comisionista remitió la prueba solicitada y la misma fue incorporada al expediente y obra en los folios 909 a 911 del Cuaderno No. 3.



Sin embargo, como se puede evidenciar, la punta compradora no hace referencia alguna a la imposibilidad de producir el producto, sino que se hace alusión a un problema interno del vendedor.

Por lo tanto encuentra la Sala que efectivamente se presentó un incumplimiento en la operación toda vez que no se entregó el producto pactado sin que exista causal alguna que pueda eximir de esta responsabilidad. Como se ha anotado, las normas legales y reglamentarias que rigen el actuar de las sociedades comisionista establecen como obligación de éstas últimas, la de entregar el producto en las condiciones pactadas, sin que sea posible alegar falta de provisión por parte del comitente. En el caso concreto no sólo se incumplió con la totalidad de la operación sino que adicionalmente hubo consecuencias adicionales para el comprador al no cumplir con el compromiso adquirido en la subasta.

### 6.2.3. Operación 10309847

La operación forward MCP No. 10309847 fue celebrada por **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** en calidad de comisionista vendedor, el 10 de diciembre de 2009 sobre el producto plántulas de especies maderables por lotes, por un valor total de negociación de \$96.450.000<sup>30</sup>. Se pactaron entregas desde el 3 al 20 de marzo de 2010<sup>31</sup>.

El 8 de enero de 2010 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** solicita a Agrogestiones S.A. –comisionista comprador- aclarar las cantidades a entregar toda vez que el cronograma remitido difiere de las cantidades negociadas según la ficha técnica<sup>32</sup>. De acuerdo con lo anterior, mediante correo electrónico del 14 de enero de 2010 Agrogestiones S.A. remite cronograma de entregas que envían de Cortolima –mandante comprador- y señala: *“espero que por favor lo revise junto con tu mandate y me cuentas si me pueden ayudar con el cambio de cantidades para las plántulas para continuar con el procedimiento de Cortolima y efectuar un acta de acuerdo entre las partes y enviarlo también a la BNA”*<sup>33</sup>.

A la anterior solicitud, da respuesta **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** el 18 de enero de 2010 aceptando la modificación de las condiciones de entrega de la operación con destino a Cortolima. Se aclara que se trata de una modificación en número, más no en especies *“a raíz del fenómeno climático de la zona y el impacto de los acuerdos entre CORTOLIMA*

<sup>30</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 145) y SIB (Cuaderno No. 1 folio 072). Igualmente obra en el expediente Boletín No. 838 noviembre 13 de 2009 para selección de comisionista (Cuaderno No. 1 folio 113).

<sup>31</sup> Ficha técnica de negociación (Cuaderno No. 1 folio 109 a 111).

<sup>32</sup> Cuaderno No. 2 folio 707

<sup>33</sup> Cuaderno No. 1 folio 73 (el anexo con el cronograma de entregas está en el folio 106 y 107)



y las comunidades beneficiarias finales de Rioblanco, Chaparral y Planadas<sup>34</sup>. Adicionalmente solicita prórroga para que las entregas se efectúen entre el 3 y el 20 de abril<sup>35</sup>. El 26 de enero de 2010 la punta compradora acepta esta solicitud.<sup>36</sup>

De acuerdo con lo anterior, obra en el expediente acta de acuerdo No. 1 entre las partes suscrita el 27 de enero de 2010 en donde se modifican las cantidades y las fechas de entrega para el 3 y el 20 de abril,<sup>37</sup> la cual es remitida a la Bolsa el mismo día.<sup>38</sup> Las cantidades quedarían como se muestra a continuación:

Especie	Cantidad
IGUA	14,197
MATARRATON	52,700
SAMAN	68,870
ACACIA MANGIUM	60,843
MELINA	55,200
CARACOLI	20,850
NOGAL	37,250
OCOBO	36,940
NACEDERO	27,620
CHACHAFRUTO	20,830
CAMBULO	19,000
ACACIA JAPONESA	15,600
ALISO	14,100
<b>TOTAL</b>	<b>544,000</b>

En consecuencia, el Departamento de Operaciones solicita a la CC Mercantil requerir a las sociedades comisionistas para la ampliación de garantías<sup>39</sup>

Ahora bien, obran en el expediente correos electrónicos del 19 de abril de 2010 en donde el mandante vendedor solicita nuevamente plazo para la entrega hasta el 14 de mayo. Explica lo siguiente:

<sup>34</sup> Cuaderno No. 1 folios 76 y 77

<sup>35</sup> Mediante comunicación del 16 de enero de 2010 el mandante vendedor había remito comunicación a la sociedad comisionista solicitando que en virtud del cambio de cantidades lo cual fue informado el 14 de enero de 2010 “por lógica cronológica en el manejo de la siembra” se comiencen a realizar las entregas entre el 3 y el 20 de abril de 2010 (Cuaderno No. 1 folio 78).

<sup>36</sup> Cuaderno No. 1 folio 79

<sup>37</sup> Cuaderno No. 1 folio 80 y 81

<sup>38</sup> Cuaderno No. 1 folio 82

<sup>39</sup> Cuaderno No. 1 folio 83



*“Las entregas a la fecha son por 220.000 plántulas correspondientes a un 40% del total de la negociación, en doce (12) veredas de la totalidad.*

*El total de producto objeto de negocio ya está a disposición, como lo pudo constatar el interventor (...) en sus visitas a los viveros.*

*Las entregas se han tardado más de lo esperado a razón del esfuerzo logístico que se ha hecho para llevar las plántulas a los sitios previstos con unas condiciones climatológicas que han dificultado el cumplimiento del cronograma establecido”.*

Señala igualmente que la especie Melina ha presentado atraso en la producción y no fue aceptada por el ingeniero interventor al alcanzar un crecimiento precoz. Por lo tanto señala que dado *“que la cosecha de ésta semilla se da en el mes de marzo, se sembró de nuevo y está en proceso de crecimiento”*. Es por ello que **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** solicita la prórroga a Agrogestiones, quien traslada la solicitud a su mandante. El mandante comprador otorga la prórroga únicamente hasta el 14 de mayo de 2010<sup>40</sup>. Este acuerdo consta en el acta de acuerdo No. 2<sup>41</sup>, la cual es remitida a la Bolsa en comunicación del 22 de abril de 2010<sup>42</sup>.

Ahora bien, mediante correo electrónico del 3 de mayo de 2010 el mandante vendedor informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que *“Cortolima no ha sembrado los arboles enviados desde el lunes 5 de abril, argumentando no tener hidroretenedor, argumento que no es válido para nuestro contrato”*. Adjunta lo entregado a la fecha, así como las remisiones, así:<sup>43</sup>

Numero de remisión	Fecha	Cantidad
10030	06-Abr-10	20300
10031	07-Abr-10	20900
10032	08-Abr-10	20300
10033	09-Abr-10	10500
10034	09-Abr-10	10080
10035	09-Abr-10	23800
10036	10-Abr-10	22250
10037	13-Abr-10	23000

<sup>40</sup> Cuaderno No. 1 folio 136 a 139

<sup>41</sup> Cuaderno No. 1 folios 140 y 141

<sup>42</sup> Cuaderno No. 1 folio 142

<sup>43</sup> Cuaderno No. 1 folios 84 a 98



10038	14-Abr-10	8000
10039	14-Abr-10	14800
10040	19-Abr-10	22620
10041	19-Abr-10	8095
10042	19-Abr-10	13355
10043	30-Abr-10	10000
10044	30-Abr-10	11000
	<b>TOTAL</b>	<b>239000</b>

Por lo tanto, mediante comunicación del 3 de mayo **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, informa al Departamento de Operaciones de la Bolsa, el desarrollo de las entregas y la situación del manejo en campo del material vegetal señalando que: *“la entrega a satisfacción supone el inicio de la labor de siembra de las plántulas y el objeto de la negociación celebrada es el suministro de plántulas de acuerdo a fichas técnicas de negociación en las veredas exigidas”*.<sup>44</sup>

Ahora bien, el 7 de mayo solicita sea reubicado el sitio de entrega pues por las condiciones climatológicas de invierno se ha imposibilitado el tránsito<sup>45</sup> y el 26 de mayo de 2010 solicita al Departamento de Convenios Control Calidad, emitir concepto ante el avance de entregas que se ha venido realizando de acuerdo con las condiciones pactadas. Señala que se pactaron entregas para 5 municipios del departamento del Tolima y luego se remitió cronograma para 32 sitios de entrega. Señala que se ha entregado un 78% de la negociación aún con las dificultades presentadas. Solicita que sea recibido el producto en las condiciones iniciales de negociación *“en sitios que reúnan las condiciones para una práctica comercial sana y que coloque a mi mandante en facultades de cumplir”*<sup>46</sup>. Reitera la solicitud en comunicación del 27 de mayo<sup>47</sup>.

Al respecto debe señalarse, que el cronograma de entregas remitido el 14 de enero de 2010, efectivamente establecía 32 sitios de entrega<sup>48</sup>. No es aceptable que 4 meses después, la sociedad comisionista saque a relucir tal situación y no haya presentado sus desacuerdos oportunamente.

Ahora bien, por comunicación del 27 de mayo de 2010 el mandante vendedor solicita a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que se de cumplimiento estricto a las

<sup>44</sup> Cuaderno No. 1 folios 100 y 101

<sup>45</sup> Cuaderno No. 2 folio 703

<sup>46</sup> Cuaderno No 2 folio 730

<sup>47</sup> Cuaderno No 2 folio 728

<sup>48</sup> Cuaderno No. 1 folio 106 y 107



condiciones de entrega plasmadas en la ficha técnica. *“nuestro interés es y ha sido cumplir con la operación desde un comienzo, sin embargo las condiciones de las vías no nos han permitido acceder hasta los lugares impuestos posteriormente para la entrega”*. Por lo tanto solicitan se reciba de acuerdo con la ficha técnica.<sup>49</sup> Esta solicitud la presenta **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** a la Bolsa mostrando cómo al momento de la negociación se publicaron 5 sitios de entrega y posteriormente, se envía un cronograma con 32 sitios. Aclara que el producto existe en la calidad pactada, sin embargo se solicita realizar las entregas en las condiciones inicialmente negociadas.<sup>50</sup>

El 28 de mayo de 2010, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa a la Bolsa las entregas que se han efectuado (78%), pero señalan que se presentó un evento de fuerza mayor que impide la entrega en Chaparral y Rio Blanco por la restricción vial en virtud de los comicios electorales.<sup>51</sup>

Nótese que después de alegar que se habían presentado dificultades por las situaciones climatológicas, se alega fuerza mayor por las restricciones viales. Sin embargo, la última prórroga otorgada ya se había vencido.

Ahora bien, mediante comunicación del 31 de mayo de 2010 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa a Agrogestiones lo siguiente: 1. Las entregas en Planadas de 18.150 unidades ya fueron realizadas y adjunta remisión. 2. Frente a las entregas en Chaparral y Rioblanco se solicitó notificación del sitio único de entrega por parte de Cortolima.<sup>52</sup>

El 31 de mayo de 2010, Agrogestiones S.A envía a la Bolsa el resultado del informe de Cortolima de todos los inconvenientes en las entregas, en especial producto que había llegado sin las calidades pactadas. Solicita que se evalúe el cumplimiento y la calidad de los productos.<sup>53</sup> A lo anterior la directora de Convenios de la Bolsa da respuesta el 1 de junio de 2010, solicitando información en relación con el recibo del producto porque la fecha final que tiene es del 20 de abril de 2010.<sup>54</sup>

El 1 de junio de 2010 el mandante vendedor informa a la sociedad comisionista investigada, *“me permito poner a su consideración el cumplimiento de la operación número **10309847** en razón a que el material vegetal se encuentra disponible en los viveros de la UNION*

<sup>49</sup> Cuaderno No. 1 folios 102 y 103

<sup>50</sup> Cuaderno No. 1 folios 114 a 116. La directora de la Cámara Arbitral da respuesta trasladando a operaciones (Cuaderno No. 1 folio 120).

<sup>51</sup> Cuaderno No. 1 folio 117

<sup>52</sup> Cuaderno No. 1 folios 118 y 119

<sup>53</sup> Cuaderno No. 1 folio 121

<sup>54</sup> Cuaderno No. 1 folio 122



*TEMPORAL PROVIVERO, y no se ha recibido comunicación oficial del sitio único de entrega. Por lo cual ante la negativa proponemos sean recibidos inmediatamente en nuestros viveros ya que el material vegetal se encuentra disponible y este retraso adicional puede ocasionar daños en el mismo.*<sup>55</sup> Esta propuesta es trasladada por **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** a la Bolsa en la misma fecha<sup>56</sup>. Igualmente en la misma fecha da respuesta a comunicación de la contraparte<sup>57</sup>.

El 8 de junio de 2010 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** explica los motivos por los cuales no se ha entregado en la última fecha de entrega (14 de mayo de 2010, de acuerdo con el arreglo directo). Adicionalmente, explica que a la fecha no se ha informado el único sitio de entrega.<sup>58</sup> El 9 de junio de 2010 solicita se declare el incumplimiento al comprador ante la negativa de informar el sitio de entrega.<sup>59</sup> Igualmente, el 16 de junio solicita se evalúen las condiciones de recibo del producto *“ante el no recibimiento el pasado mes de 133.197 plántulas (de un total de 544.000) y tras un cumplimiento de 76.07% continuamos con un material a disposición de entrega que cumple con los requisitos exigidos y negociados pero que por ocasión de las demoras está expuesto a un crecimiento superior al previsto”*.<sup>60</sup> Mediante comunicación del 18 de junio de 2010 solicita nuevamente se evalúen las condiciones de recibo del producto.<sup>61</sup>

Por su parte, el 10 de junio de 2010 la sociedad comisionista compradora había informado el incumplimiento de la operación en las entregas.<sup>62</sup>

El 21 de junio de 2010 el mandante vendedor solicita que sean recibidos los árboles de la última entrega de la operación<sup>63</sup>. La sociedad comisionista investigada remite la comunicación del mandante a la Bolsa, y nuevamente solicita se declare el incumplimiento en el recibo<sup>64</sup> y el 22 de junio de 2010 informa a la bolsa el material pendiente por recibir.<sup>65</sup>

---

<sup>55</sup> Cuaderno No. 1 folio 123

<sup>56</sup> Cuaderno No. 1 folio 124

<sup>57</sup> Cuaderno No 2 folio 721 a 723

<sup>58</sup> Cuaderno No. 1 folios 125 y 126

<sup>59</sup> Cuaderno No. 1 folio 127

<sup>60</sup> Cuaderno No. 2 folio 717

<sup>61</sup> Cuaderno No. 1 folio 132

<sup>62</sup> Cuaderno No. 1 folio 128

<sup>63</sup> Cuaderno No. 1 folio 129

<sup>64</sup> Cuaderno No. 1 folio 130

<sup>65</sup> Cuaderno No. 1 folio 143



Igualmente, el 24 de junio de 2010 solicita dar trámite a su solicitud o se informe un sitio de acopio para la entrega<sup>66</sup> y el 28 de junio de 2010 solicita a la Bolsa dar respuesta a su solicitud e incumplimiento<sup>67</sup>. Reitera la solicitud el 30 de junio de 2010<sup>68</sup>.

Sin embargo, mediante comunicación PSD-556 del 28 de junio de 2010, la administración de la Bolsa decreta el incumplimiento parcial y extemporáneo en la entrega de la operación, señalando que la segunda modificación no contaba con el aval de la Bolsa<sup>69</sup>.

El 6 de julio de 2010 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** responde a la Bolsa, rechazando la declaratoria de incumplimiento en los siguientes términos: *“resulta totalmente improcedente declarar un incumplimiento a la operación pues para la fecha de solicitud de incumplimiento por parte de cada uno de los comisionistas intervinientes en la operación esto es junio 9 y 10 de 2010, la operación ya se daba como cumplida pues el comprador no informó incumplimiento en los tiempos previstos para tal fin, esto es como máximo hasta el 3 de junio, fecha de preclusión por transcurrir 15 días del vencimiento de la obligación de pago y la bolsa ha debido proceder a liquidarla...”*<sup>70</sup> el 12 de junio de 2010 la Bolsa responde, señalando que la primera prórroga si fue aceptada y que adicionalmente ninguna de las solicitudes por parte de las sociedades comisionista fue aceptada, pero la Bolsa declaró el incumplimiento de oficio.<sup>71</sup>

Ahora bien, obra en el expediente acta de arreglo directo No. 13 del 27 de julio de 2010, la cual se firma el 10 de agosto de 2010. En la misma se explican nuevamente los inconvenientes presentados y las partes no solicitan indemnizaciones por ningún concepto. Se acuerda que: *“El comprador pague al vendedor el producto entregado y aceptado que en valor corresponde a \$66.904.337 de los cuales ya fueron cancelados \$48.225.000 correspondiente al anticipo del 50%, quedando pendiente un saldo a cancelar de \$18.681.377”*.

#### De las modificaciones realizadas a la operación:

Evidencia la Sala que la primera de las modificaciones efectuadas por la sociedad comisionista además de otorgar una prórroga en las fechas de entrega modificó *“el cuadro de cantidades”*; esto es, se mantuvo la cantidad total pactada pero dentro del lote de negociado, se modificaron las cantidades de los ítems. Lo anterior es discutible toda vez que la modificación en las cantidades de producto no es aceptada por el Reglamento, ni

<sup>66</sup> Cuaderno No. 1 folio 144

<sup>67</sup> Cuaderno No. 2 folio 712

<sup>68</sup> Cuaderno No. 2 folio 711

<sup>69</sup> Cuaderno No. 1 folios 146 a 148. La CC Mercantil a través de comunicación del 6 de julio de 2010 solicita al comprador informar si va a actuar la cámara arbitral o desea la actuación de la CC y si requiere el producto. (Cuaderno No. 1 folio 149).

<sup>70</sup> Cuaderno No. 1 folio 150

<sup>71</sup> Cuaderno No. 1 folio 153

en la reglamentación actual ni en la reglamentación anterior. Sin embargo, teniendo en cuenta que tanto la Bolsa como la CC Mercantil avalaron dicho acuerdo, no se pronunciará la Sala al respecto y se tendrá como válido. Se recuerda que para este acuerdo se pactó fecha máxima de entrega el 20 de abril.

Ahora bien, el segundo acuerdo realizado por las partes el 22 de abril no podía ser válido pues como se puede evidenciar se realiza después de la fecha máxima de entrega, según acuerdo previo.

En efecto, si bien era factible realizar nuevamente una modificación, ésta debía apegarse a las instrucciones establecidas en el artículo 3.6.2.1.4.7 del Título Sexto del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que regula el Mercado de Compras Públicas y que empezó a regir el 18 de enero de 2010. Ahora bien, la Circular 001 de 2010 publicada mediante Boletín Normativo 01 del 15 de enero de 2010 reglamentó el artículo citado estableciendo en su artículo 2.1.5 lo siguiente:

***“Término para solicitar modificación a las condiciones de entrega. La aplicación del mecanismo previsto en el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento de la Bolsa deberá solicitarse con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha en que se pretenda o se haya debido realizar la entrega o prestación, o informarlo con la misma antelación tratándose de lo señalado en el numeral 2 del mismo artículo.***

*Dicha información deberá ser presentada en medio electrónico ante el director del Departamento de Operaciones de la Bolsa quien, verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento, deberá informarlo a más tardar el día hábil siguiente a la CRCBNA”. (negrillas por fuera del texto original).*

Por lo tanto, el no apegarse a las normas reglamentarias establecidas para realizar los diferentes procedimientos en el desarrollo de las operaciones realizadas en este escenario, implica de una parte falta de precisión y diligencia pues simplemente con cumplir los pasos establecidos en el Reglamento podría ahorrar el desgaste tanto de la contraparte como de su cliente y de otra, que la operación debía cumplirse en los términos pactados, o el caso concreto, en los términos de la primera prórroga.

En efecto, en este mercado se encuentra limitada la autonomía de la voluntad privada, y en tal sentido las partes no pueden efectuar modificaciones por fuera de los términos reglamentarios.

Dicha situación encuentra su fundamento en la naturaleza del mercado administrado por la Bolsa y de las negociaciones que en él se realizan. En efecto nos encontramos frente a un mercado regulado que involucra una actividad de interés público.



Así las cosas, la modificación de una operación no es una situación que interese únicamente a las partes de la negociación ya que la operación se cerró en Bolsa bajo unas condiciones que se dieron a conocer al mercado y es en esas condiciones que se debe cumplir la operación o en su defecto cumplir los requisitos reglamentarios para su modificación.

En consecuencia, no puede ser de recibo en este mercado las modificaciones efectuadas por fuera de las disposiciones reglamentarias, toda vez que dicha situación podría ir en contra de la transparencia del mercado pues quienes ofertaron en la Rueda de Negocios, lo hicieron de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas que habían sido publicadas.

De esta manera no pueden ser validadas modificaciones que aún cuando se realizan por mutuo acuerdo entre las partes y tal vez con la intención de llevar la operación a los mejores términos posibles, podrían afectar intereses de los demás participantes del mercado y por ende la transparencia del mismo.

#### Del incumplimiento de la operación y argumentos de defensa:

Ahora bien, en sus descargos la sociedad comisionista se refiere nuevamente a: las diferencias entre la ficha técnica de negociación y el cronograma de entregas y las dificultades de transporte del producto. Respecto del cronograma de entregas señala: *“por las circunstancias anteriores y, en especial, por la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, se considera que la responsabilidad que le asistía a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** se ve exonerada en el particular, toda vez que, era imprevisible e irresistible, el hecho de que la contraparte, modificara el Cronograma de Entregas tal y como se advirtió y, en ese sentido, estableciera treinta y dos (32) sitios diferentes de recibo del producto, situación que derivó en sobre costos a cargo de mi mandante”.*

Al respecto debe reiterarse que el cronograma de entregas se entregó el 14 de enero y precisamente la primera prórroga (hasta el 20 de abril) correspondió a esta modificación de las condiciones de negociación. Por lo tanto no es aceptable que la sociedad comisionista continúe alegando esta justificación para la segunda prórroga solicitada el 22 abril –que no era válida- e incluso para el incumplimiento de esta última. En efecto, como profesional experto debió analizar el cronograma en conjunto con su mandante para efectos de determinar la viabilidad de cumplir con la operación en las condiciones solicitadas por el comprador, y no aceptar unas condiciones que tal y como lo señala en comunicaciones posteriores y en sus escritos de defensa, no podía cumplirse. De hecho, por esa falta de previsión, afectó igualmente a su cliente pues tal como la misma investigada lo señala, tuvo que incurrir en sobre costos que no fueron analizados de manera previa a la celebración de la operación.



Por lo tanto más allá de que la situación pueda ser imprevisible como lo señala la sociedad comisionista investigada, lo cierto es que fue aceptada por la punta vendedora sin análisis juicioso y de factibilidad, lo que llevó a que finalmente no se pudiese cumplir la operación a pesar de las prorrogas otorgadas. Lo anterior implica que de ninguna manera podía ser irresistible, pues **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** pudo de manera oportuna exigir que se cumpliera la negociación en las condiciones inicialmente pactadas.

Ahora bien, solicitó la investigada en sus descargos que se oficie a la sociedad comisionista y al mandante comprador para que alleguen escritos informando acerca de si efectivamente hicieron visitas a los viveros del mandante vendedor y manifiesten la calidad del producto así como citar a los funcionarios del mandante comprador que habían realizado las visitas a los viveros.

Al respecto debe anotarse que el hecho de tener el producto en las instalaciones del mandante vendedor de ninguna manera prueba que se haya efectuado la entrega del mismo en las condiciones pactadas. En efecto, el sitio de entrega se encontraba determinado por el comprador. Por lo tanto no es pertinente la prueba al no relacionarse con el hecho objeto de investigación, esto es la entrega del producto en las condiciones pactadas en el lugar previamente señalado por el comprador.

Adicionalmente solicitó oficiar a INVIAS y al Ministerio de Transporte para que acreditaran las condiciones de las carreteras correspondientes a las 32 veredas para las fechas de cumplimiento. La Sala en su momento consideró que la prueba no era útil ni pertinente.

En efecto, el área de seguimiento en etapa de investigación, solicitó a Agrogestiones S.A. informar: (i) sobre la situación presentada con la entrega del producto, (ii) las razones del no recibo del producto, teniendo en cuenta los inconvenientes viales a los municipios de Chaparral y Rioblanco, (iii) relación de entregas totales del producto y (iv) los efectos para el mandante comprador respecto del incumplimiento en la entrega del producto, información que fue remitida el 3 de enero de 2013 y se anexa documentación<sup>72</sup>. Dentro de dicha documentación se encuentra informe de carácter técnico, donde se muestran las conclusiones de visitas a los viveros del vendedor para verificar las características del material vegetal adquirido.

Igualmente, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** remitió en respuesta al auto del área de seguimiento, los cronogramas de entrega de producto y los respectivos acuerdos de prórroga celebrados, incluyendo información respecto de los problemas de vías

---

<sup>72</sup> Cuaderno No 3 folios 866 a 897

presentados en los municipios Chaparral y Rioblanco. Igualmente remite soportes de aclaraciones de los sitios de entrega, acreditaciones de entrega de producto<sup>73</sup>.

Ahora bien, la prueba no es pertinente porque no se relaciona con los hechos objeto de investigación. En efecto, como se ha señalado, la sociedad comisionista incumplió con la fecha de entrega establecida para el 26 de abril que es la que se efectuó válidamente en Bolsa (aunque también incumplió con la fecha de la segunda prórroga), y los problemas de las carreteras, tienen lugar, según se informa, alrededor del 28 de mayo de 2010 cuando ya se había incumplido con la operación. Por lo tanto, no puede ser tenido como un evento de fuerza mayor un hecho que no es la causa del incumplimiento.

Finalmente debe anotarse que si bien nuevamente en sus descargos señala que no hubo adecuación típica de la conducta, ésta será tratada en el acápite de normas vulneradas. Sin embargo, se debe anticipar que el incumplimiento en la entrega del producto en las condiciones pactadas en una operación celebrada en el mercado bursátil administrado por la Bolsa, vulnera las normas que rigen el mismo y el actuar de sus partícipes. De hecho es claro el decreto 2555 de 2010 en cuanto es obligación de las sociedades comisionistas miembros de esta la Bolsa *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*<sup>74</sup>.

No obstante lo anterior para efectos de la graduación de la sanción debe tenerse en cuenta que se evidencia proactividad por parte de la sociedad comisionista así como un seguimiento constante a la operación y acompañamiento permanente a su mandante.

#### **6.2.4. Operaciones 14090120 y 14090128.**

Las operaciones de disponible MCP No. 14090120 y 14090128 fueron celebradas el 21 de septiembre de 2011 por **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** como comisionista vendedor sobre los productos computador portátil Tipo 1 e impresora láser color. Inicialmente se pactó la entrega para el 16 de octubre de 2011<sup>75</sup>.

El 19 de octubre de 2011 la sociedad comisionista compradora rechazó el producto por no cumplir con las especificaciones técnicas así:<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Cuaderno No. 4 folios 1874 a 1953

<sup>74</sup> Artículo 2.11.1.8.1, numeral 6 del Decreto 2555 de 2010.

<sup>75</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 415). Ficha Técnica de Producto (Cuaderno No. 1 folios 416 A 419).

<sup>76</sup> Cuaderno No. 1 folio 436



Operación	Solicitado	Entregado
14090120	Procesador Intel Core I5-2520M (2.5 Ghz, 3Mb L3 Cache)	Procesador Intel Core I5-2410M (2.3 Ghz, 3Mb L3 Cache)
14090128	Bandejas instaladas: Las impresoras deben traer como mínimo tres (3) bandejas instaladas.	2 bandejas
	Cada impresora debe ser entregada con sus respectivas individuales, con manuales de instalación y operación, cables de poder, 2 tóner y cables de red.	No incluye cable de red y Tóner.

El mandante vendedor da respuesta a las observaciones el 21 de octubre de 2011 señalando respecto de la operación No. 14090120 que el procesador entregado *“es equipo que por políticas de mercadeo del fabricante Hewlett Packard está disponible para comercialización en Colombia y así mismo con esta referencia fue ofrecido en la ficha técnica objeto de la cotización. Aunque el procesador Intel Core i5-2520M hace parte de la línea de producción del fabricante para este modelo, este solamente puede ser comercialización bajo esquema de negocios especiales (CTO) que manejen un volumen representativo y previa autorización del fabricante y con tiempos de entrega de 45 a 60 días”*. Por su parte, frente a la operación No. 14090128 en efecto señala que se encuentra pendiente de entrega la bandeja adicional y los dos juegos de tóner adicionales y explica que los *“elementos por ser una baja rotación en el mercado, no hay existencia local y por lo tanto deben ser importados y solicitados bajo pedido”*. Señala que estarán disponibles para entrega la siguiente semana<sup>77</sup>.

De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación del 24 de octubre de 2011 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa que aceptan el rechazo parcial y que se procederá a la entrega definitiva para recepción dentro de dos semanas así como sustitución de los bienes<sup>78</sup>.

Las partes mediante acuerdo de prórroga del 3 de noviembre de 2011 modifican la fecha de entrega hasta el 15 de noviembre de 2011<sup>79</sup>. El 10 de noviembre de 2011, la CC Mercantil solicita actualización de las garantías de las operaciones teniendo en cuenta la prórroga<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Cuaderno No 2 folios 737 y 738

<sup>78</sup> Cuaderno No. 1 folio 432y 433

<sup>79</sup> Cuaderno No 2 folio 427 y 1362. Mediante comunicación del 2 de noviembre el Ministerio del Interior había informado que aceptaba la prórroga y la entrega del scanner (Cuaderno No. 4 folio 1342 a 1345). Igualmente mediante comunicación del 3 de noviembre de 2011 la sociedad comisionista compradora informó a la contraparte que el comitente comprador aceptaba la entrega de los productos el 15 de noviembre de 2011 (Cuaderno No. 1 folio 428).

<sup>80</sup> Cuaderno No. 4 folio 1361



Sin embargo el 15 de noviembre de 2011 el vendedor solicita ampliación de la fecha de entrega hasta el 18 de noviembre de 2011. Se evidencia en la comunicación que hacen falta los mismos elementos de la anterior prórroga (procesador, bandeja, tóner)<sup>81</sup>. Se firma un acta con fecha de entrega del 17 de noviembre de 2011 que incluye únicamente a la operación No. 14090128<sup>82</sup>. Mediante comunicación del mismo día informa los pendientes de entrega<sup>83</sup>.

El 17 de noviembre el comprador informa a la Bolsa que no se realizó la entrega en los plazos acordados<sup>84</sup> y mediante comunicación del 18 de noviembre de 2011 explica los elementos que faltaron por entrega razón por la cual se había dejado la observación de no recibo del producto de las operaciones.<sup>85</sup>

El 21 de noviembre de 2011 el Departamento de Operaciones solicita certificar las entregas<sup>86</sup>. Este mismo día **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa las entregas y la situación presentada con cada producto.<sup>87</sup> Respecto del procesador en el caso de la operación No. 14090120 señala que no se ha encontrado uno con las características requeridas y explica que *“se han hecho todos los esfuerzos para poder suministrar el equipo requerido, sin embargo, una vez cerrada la operación y efectuada la solicitud al fabricante para adquirir el equipo requerido se encontró posterior respuesta de la no disponibilidad del mismo para Colombia, sino del bien compatible que cumpliera con mayor precisión las características exigidas”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-747 del 24 de noviembre de 2011 declara el incumplimiento total en la entrega del producto en la operación No. 14090120 y parcial en la operación No. 14090128.<sup>88</sup>

El 28 de noviembre de 2011 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** da respuesta a la declaratoria de incumplimiento señalando que se acepta la misma e informando las propuestas que se realizarán en sede arbitral<sup>89</sup>.

En efecto, según consta en acta de arreglo directo No. 040 del 28 de noviembre de 2011 se acuerda entregar la bandeja faltante de la impresora en la operación No. 14090128

<sup>81</sup> Cuaderno No. 1 folios 424 y 425

<sup>82</sup> Cuaderno No. 1 folio 426

<sup>83</sup> Cuaderno No 2 folios 741

<sup>84</sup> Cuaderno No. 1 folio 437

<sup>85</sup> Cuaderno No. 1 folio 423

<sup>86</sup> Cuaderno No. 1 folios 421 y 422

<sup>87</sup> Cuaderno No 2 folios 746 y 747

<sup>88</sup> Cuaderno No. 1 folios 438 a 440

<sup>89</sup> Cuaderno No. 1 folio 412



más una indemnización a más tardar el 9 de diciembre de 2011 y en relación con la operación No. 14090120, se recibirán los computadores entregados con procesador 2.3. y el vendedor instalará una memoria adicional, a más tardar el 2 de diciembre más un descuento en la factura como indemnización<sup>90</sup>.

Se encuentra probado entonces, que no se cumplió con la entrega del producto en las operaciones objeto de investigación, en las condiciones pactadas sin embargo finalmente se llegó a un acuerdo para resarcir al comprador y entregar finalmente el producto pactado en la operación No. 14090128 y producto similar en la operación No. 14090120, lo cual no enerva el incumplimiento ni exime de responsabilidad, sin embargo debe ser tenido en cuenta para efectos de graduación de la sanción. En efecto, mitiga los efectos del daño causado con el incumplimiento.

Ahora bien en sus descargos señala la sociedad comisionista que:

*“En cuanto hace al computador Portátil Tipo 1, debe decirse que, ese equipo, en las condiciones establecidas en la Ficha Técnica de Negociación, por políticas de mercadeo del fabricante (...) sólo está disponible para comercialización en Colombia para esquemas de alto volumen de unidades y previa autorización del fabricante (...)*

*Siendo esto así, sería imposible dar cumplimiento a la operación, pues los computadores, bajo esas especificaciones, solo serían vendidos en número de unidades muy altos, razón por la cual, la operación desde su origen se encontraba viciada, pues el valor de pago no coincidía con el real de la operación y el mandante vendedor para su cumplimiento, debía asumir sobrecostos insostenibles.*

*De otro lado, en cuanto hace a la bandeja adicional de 500 hojas para la impresora Laser Color, debe decirse que, dada la baja rotación en el mercado y la inexistencia de la misma en Colombia, impidieron que la entrega se realizara oportunamente configurándose una situación imprevisible, pues no se sabe cuándo va a escasear ese elemento e irresistible, pues no hay medio de solución, dado que no hay existencia de las bandejas”.*

Al respecto debe señalarse que las condiciones de los productos a negociar se encuentran previamente establecidas en las fichas técnicas de negociación y en la ficha técnica del producto, por lo cual no es aceptable que después de celebrada la operación se informe que no hay disponibilidad de algunos de los elementos negociados. Es obligación de la sociedad comisionista que actúa como vendedora, el verificar que las condiciones establecidas en las fichas técnicas puedan cumplirse y determinar la viabilidad de la operación, en el caso concreto, como mínimo que los productos que se iba obligar a entregar, existiesen en el mercado. De ninguna manera puede tenerse esta circunstancia

---

<sup>90</sup> Cuaderno No. 3 folios 912 a 915



como un evento de fuerza mayor, pues precisamente el análisis que debía efectuarse era sobre la capacidad de cumplimiento de cara al producto pactado y la no disponibilidad de algunos productos, ello se encuentra lejos de ser una situación anormal e infrecuente, poco probable y absolutamente excepcional. No se trata pues de una situación inevitable.

Aunque se desarrollará con mayor profundidad en el acápite de normas vulneradas, nuevamente se anticipa que el incumplimiento en la entrega del producto en las condiciones pactadas en una operación celebrada en el mercado bursátil administrado por la Bolsa, vulnera las normas que rigen el mismo y el actuar de sus partícipes. De hecho es clara la obligación de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*<sup>91</sup>. Así como los deberes generales de los miembros de cumplir todas las obligaciones y operaciones que celebren en este mercado.

No obstante lo anterior para efectos de la graduación de la sanción debe tenerse en cuenta que se evidencia un seguimiento constante a la operación así como acompañamiento permanente a su mandante. En efecto, durante el desarrollo de la operación estuvo atenta a los pormenores presentados y a la búsqueda de soluciones frente a los mismos.

#### 6.2.5. Operación 13962397

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró el 31 de agosto de 2011, la operación forward simple No. 13962397 sobre 700.000 kilos de maíz amarillo nacional seco Grado 1 por un valor total de negociación de \$491.719.200, para realizar entregas desde el 1 de octubre hasta el 15 de noviembre de 2011, en Ciénaga<sup>92</sup>.

El 16 de noviembre de 2011 AR Triple A solicita se declare el incumplimiento parcial de la operación toda vez que su mandante recibió únicamente 15 toneladas de las 700 pactadas.<sup>93</sup> Posteriormente rectifica que el incumplimiento es por 680.29 toneladas, ya que se recibieron 19.71<sup>94</sup>.

Sin embargo, el 17 de noviembre de 2011 cuando ya se había incumplido con la fecha de entrega pactada, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** solicita prórroga en la entrega hasta el 30 de noviembre porque el mandante *“presentó inconveniente logísticos”*.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Artículo 2.11.1.8.1, numeral 6 del Decreto 2555 de 2010.

<sup>92</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 441).

<sup>93</sup> Cuaderno No. 1 folio 450

<sup>94</sup> Cuaderno No. 1 folio 442

<sup>95</sup> Cuaderno No. 1 folio 448

Mediante comunicaciones del 18<sup>96</sup> y 22<sup>97</sup> de noviembre de 2011, el Departamento de Operaciones de la Bolsa solicita a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informe de las entregas y le comunica que no es procedente la solicitud de prórroga explicando cuál es el procedimiento a seguir para el cumplimiento extemporáneo una operación. En efecto, explica que no se evidencia aceptación de la contraparte y adicionalmente se solicita la prórroga una vez vencido el plazo de la operación.

Sin embargo el 23 de noviembre el mandante comprador informa a su comisionista *“la necesidad que como empresa se nos genera para hacer los esfuerzos necesarios en cumplir con nuestras obligaciones de absorción de cosecha de la tercera subasta de maíz amarillo nacional 2011”*. Por lo tanto señala que aunque se autorizó declarar el incumplimiento, se analice la viabilidad de gestionar una prórroga ante la Bolsa hasta el 30 de noviembre de 2011.<sup>98</sup>

La sociedad comisionista investigada, el 24 de noviembre informa la cantidad entregada por su mandante (19.710 kilos)<sup>99</sup> y por lo tanto mediante comunicación PSD-753 del 25 de noviembre de 2011 la Bolsa declara el incumplimiento parcial en la entrega del producto<sup>100</sup>.

Ahora bien, según consta en acta de arreglo directo No. 041 del 1 de diciembre de 2011, las partes acordaron que se entregaría por parte del vendedor 680.290 kilos de maíz amarillo en las condiciones de calidad establecidas hasta el 27 de diciembre de 2011<sup>101</sup>.

La sociedad comisionista investigada en sus descargos señala que: *“(…) para las fechas señaladas para cumplimiento y entrega del producto, la (sic) condiciones climáticas no favorecieron la cosecha, en el sentido de que no hubo lluvias suficientes que permitieran que el grano de maíz creciera hasta el punto requerido (….) OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. realizó, dentro de lo posible, todos los actos necesarios para dar cumplimiento efectivo a la operación. No obstante las condiciones climáticas que no solo afectaron al mandante vendedor, sino también a todos los productores del país, impidieron la concreción de la operación en los tiempos inicialmente señalados”*. Por lo tanto argumenta que: *“(…) las situaciones que dieron origen al incumplimiento inicial fueron constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que, la variación a nivel nacional de las condiciones climáticas y en especial del volumen de agua lluvia, no son factores posibles de prever y de resistir”*.

---

<sup>96</sup> Cuaderno No. 1 folio 449

<sup>97</sup> Cuaderno No. 1 folio 447

<sup>98</sup> Cuaderno No. 1 folio 443

<sup>99</sup> Cuaderno No. 1 folio 444

<sup>100</sup> Cuaderno No. 1 folio 451 a 453

<sup>101</sup> Cuaderno No. 4 folios 1954 a 1956



Sin embargo, como se vio previamente, cuando se presenta el incumplimiento la sociedad comisionista alega problemas internos de su mandante, específicamente de logística. Igualmente evidencia la Sala que en reunión de Cámara Arbitral, el representante de la sociedad **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** ante la pregunta sobre si se había presentado algún evento fuerza mayor señaló que: *“(…) el mandante no tuvo fuerza mayor y los problemas de calidad no tuvieron que ver con eventos climáticos”*. De hecho en la misma acta se explica que: *“por problemas logísticos y técnicos el producto no pudo entregar en las condiciones pactadas en la negociación”*.

Adicionalmente solicita en sus descargos oficiar al mandante y a la comisionista compradora para que alleguen escritos informando acerca de si efectivamente se presentaron problemas con las aguas lluvia, en el sentido que escasearon y por lo tanto no podía crecer el grano de maíz y llegar a las condiciones técnicas previstas. Igualmente solicita prueba testimonial al respecto. Si bien como se anotó de las pruebas obrantes en el expediente se logra dilucidar con claridad suficiente cuáles fueron los inconvenientes para efectuar la entrega, el área de seguimiento en la etapa de investigación solicitó a la sociedad AR Triple A informar y documentar sobre la situación presentada con la entrega del producto y los efectos para el mandante comprador por el incumplimiento, solicitud a la cual dio respuesta la sociedad mediante comunicación AAA-AD-13-003 del 4 de enero de 2013 siendo incorporada al expediente en el Cuaderno No. 3 folios 909 a 911. Por lo tanto, no está establecida la utilidad de la prueba cuando la misma ya fue solicitada previamente y obra suficiente acervo probatorio en el expediente para esclarecer los hechos objeto de investigación.

La sociedad comisionista A Triple A en su respuesta no hizo referencia a situación climática alguna y señaló respecto de los efectos para su mandante que aunque la operación fue cerrada con fines de demostrar cumplimiento de absorción de cosecha, no se concretaron los efectos negativos al concertar la entrega mediante arreglo directo<sup>102</sup>. En efecto, el mandante comprador debió acceder a la entrega extemporánea del producto para no tener sanciones por no cumplir con el compromiso adquirido en la subasta.

Así las cosas, es claro para la Sala que se presentó un incumplimiento parcial en la entrega del producto negociado en la fecha pactada, lo cual como ya se ha anotado vulnera las normas que rigen la conducta de las sociedades comisionistas que participan en este mercado sin que exista circunstancia alguna que pueda eximirla de responsabilidad, ni que pueda romper la imputabilidad.

#### **6.2.6. Operaciones 14291361 y 14291362**

---

<sup>102</sup> Cuaderno No. 3 folios 909 a 911



Las operaciones forward MCP No. 14291361 y 14291362 fueron celebradas por **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** el 25 de octubre de 2011 en calidad de comisionista vendedor, sobre los productos computador de escritorio tipo 4 y lote monitores, impresoras, escáner, proyectores y discos duros. Las entregas debían efectuarse entre el 25 de octubre y el 25 de noviembre de 2011<sup>103</sup>.

En el caso de la operación No. 14291361, se encuentra que el 8 de noviembre de 2011 el mandante vendedor solicita prórroga en la entrega hasta el 12 de diciembre, *“debido a factores atinentes a fuerza mayor y caso fortuito como lo son las demoras en el proceso de fabricación que presenta nuestro fabricante por cierre de año fiscal, nos es imposible entregar los computadores de escritorio en la fecha pactada”*<sup>104</sup>. Debe anotarse en este punto, que en una operación de físicos para entrega de computadores en donde el análisis previo y de viabilidad de la operación debe versar precisamente en la disponibilidad y factibilidad de conseguir el producto en los términos pactados, no puede alegarse como fuerza mayor una demora en la fabricación.

Ahora bien, el 18 de noviembre de 2011 las partes remiten comunicación estableciendo un plazo para la entrega hasta el 5 de diciembre.

El 1 de diciembre de 2011 el mandante vendedor informa al comprador la situación presentada con las entregas y solicita declaratoria de fuerza mayor en la operación No. 14291361 por las siguientes razones:<sup>105</sup>

- “1. Es de dominio público, los incidentes presentados a nivel mundial con relación a las inundaciones en Tailandia en donde se ubican la mayor cantidad de fábricas productoras de discos duros.*
- 2. Las inundaciones fueron posteriores a la fecha de realización de la operación.*
- 3. Los laboratorios de fabricación de discos son tan libres de contaminación y agentes externos como la sala de cirugía más estéril del mundo y producto de las inundaciones hay que volverlos a construir desde cero prácticamente.*
- 4. Los equipos comprometidos a ser entregados según boleta de operación de la Bolsa Mercantil de Colombia BMC Nro. 14291361 por 91 unidades llevan un disco duro de 500 GBytes SATA de 7200 RPM.*
- 5. Tenemos confirmación de la disponibilidad del fabricante de todas las partes de las maquinas, salvo los discos duros.*
- 6. Los discos son un componente fundamental en el funcionamiento de cada equipo, sin disco desafortunadamente los equipos no pueden almacenar ninguna información”.*

<sup>103</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 454 y 467).

<sup>104</sup> Cuaderno No. 2 folio 587

<sup>105</sup> Cuaderno No. 1 folio 458 a 460



Ahora bien, mediante correo electrónico del 1 de diciembre de 2011, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** solicita reunión con el Ministerio del Interior y Justicia<sup>106</sup> y mediante comunicación del 6 de diciembre solicita la intervención de la Cámara Arbitral para prorrogar la entrega de la operación debido a los inconvenientes presentados a causa de fuerza mayor<sup>107</sup>

El 6 de diciembre de 2011 el mandante comprador informa a Llanobolsa que se presentó un incumplimiento,<sup>108</sup> quien solicita la declaratoria de incumplimiento en la entrega el 9 de diciembre de 2011<sup>109</sup>. Igualmente el 12 de diciembre Llanobolsa informa a la Bolsa que su mandante solicita la declaratoria de incumplimiento y una vez declarado, procederán a acudir a cámara arbitral.<sup>110</sup>

Por lo tanto, mediante comunicación PSD-808 del 15 de diciembre de 2011, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento total en la entrega del producto.<sup>111</sup>

Las partes acuden a Cámara Arbitral según consta en acta de arreglo directo No. 047 del 21 de diciembre de 2011 y en esta el mandante vendedor señala que: *“son una empresa que llevan 3 años realizando operaciones en Bolsa y nunca se había presentado un incumplimiento, explica que la situación presentada no está bajo su control, pero tienen la voluntad de llegar a un arreglo. En razón de los hechos sucedidos, invitó al doctor Gabriel Morales Gerente de Gobierno de Hewlett Packard, el doctor Morales indica que se presentó una situación fuera de lo normal en Tailandia, las plantas de producción fueron inundadas colapsándose la producción, aclara así mismo que los computadores para el Ministerio del Interior son corporativos y fabricados bajo pedido, lo que ha hecho que la solicitud de pedido de Colsoft S.A. esté en lista de espera y sin fecha exacta de entrega”*.

Las partes acuerdan la entrega de los 91 computadores, que corresponderán a equipos de gama más alta y de mejor procesador con algunas diferencias en cuanto al monitor y multilector de tarjeta frente a lo establecido en la ficha técnica, para entrega máxima de 30 de diciembre. No se pacta indemnización teniendo en cuenta que los equipos que se entregarán tienen un costo mayor al negociado.

Al respecto, obra en el expediente factura del 28 de diciembre de 2011 de Colsof S.A., por 91 computadores de escritorio con los demás accesorios negociados.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Cuaderno No. 2 folio 586

<sup>107</sup> Cuaderno No. 1 folio 461

<sup>108</sup> Cuaderno No. 1 folio 462

<sup>109</sup> Cuaderno No. 1 folio 464

<sup>110</sup> Cuaderno No. 1 folio 457

<sup>111</sup> Cuaderno No. 1 folio 466

<sup>112</sup> Cuaderno No. 4 folio 1330



En sus descargos la sociedad comisionista reitera que se presentó una situación de fuerza mayor y solicita oficiar a Hewlett Packard para que allegue escrito informando acerca de si efectivamente se presentaron problemas con las inundaciones en Asia y cómo esta situación afectó el normal desarrollo de las entregas y hasta que fecha se prolongó dicha situación.

Al respecto evidenció la Sala que en el expediente obran las comunicaciones del mandante vendedor informando sobre los inconvenientes presentados, tales como la comunicación del 8 de noviembre de 2011 en donde solicita prórroga en la entrega hasta el 12 de diciembre, por factores atinentes a fuerza mayor y caso fortuito<sup>113</sup>, comunicación del 23 de noviembre de 2011 en la cual el mandante vendedor informa que han tenido retraso en la disponibilidad de algunos productos debido a demoras en la importación de los mismos y remite comunicación del proveedor<sup>114</sup>, y documentación adicional que esclarece la situación presentada para el normal desarrollo de la operación.

Por lo anterior no encontró la Sala establecida la utilidad de la prueba cuando se ha producido ya en el proceso el acervo probatorio suficiente para esclarecer los hechos objeto de investigación.

Adicionalmente debe anotarse que la situación de inundaciones presentada en Tailandia es un hecho notorio que por lo tanto se encuentra probado. Sin embargo debe anotarse nuevamente, que inconvenientes con la fabricación e importación del producto era precisamente el riesgo que se debía analizar en la presente operación; en efecto, los problemas con la importación en operaciones de físicos no es un hecho improbable, excepcional y poco frecuente, por el contrario, pueden considerarse de común ocurrencia. En el caso concreto, tal situación es aún más previsible cuando se celebra la operación en octubre de 2011, y las inundaciones se presentan desde julio de 2011 a enero de 2012.

Adicionalmente, como se ha anotado a lo largo de la presente Resolución, en la negociación realizada, la irresistibilidad como elemento de la fuerza mayor, se analiza de cara a las medidas adoptadas por la sociedad comisionista para evitar la ocurrencia del incumplimiento. En efecto, si bien las inundaciones como tal eran imposibles de resistir, no así el hecho del incumplimiento que sobre el cual se predica la fuerza mayor. En efecto, para las situaciones como la presentada el Reglamento establece procedimientos a seguir, los cuales no fueron cumplidos. Nótese que finalmente se logró entregar un producto similar a instancias de Cámara Arbitral por lo cual había forma de evitar el incumplimiento.

---

<sup>113</sup> Cuaderno No. 2 folio 587

<sup>114</sup> Cuaderno No. 2 folio 759 a 761



Es así como la sociedad comisionista debió, en su calidad de profesional, instar a su cliente y a la contraparte para que se utilizaran los mecanismos de modificación de las condiciones de entrega según lo establece el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento para modificar la fecha de entrega o acudir a arreglo directo de manera previa a que se presentara el incumplimiento para efectos de determinar la solución para el caso concreto.

En adición a lo anterior, debe señalarse que las fábricas de Asia no eran la única zona de fabricación que tenía el proveedor, ni tampoco era el único proveedor existente, por lo cual no puede configurarse como una situación irresistible.

Por lo tanto, no encuentra la Sala que se presente un eximente de responsabilidad por la no entrega en los términos pactados de los 91 equipos de cómputo, hecho que vulnera la normatividad aplicable a las sociedades comisionistas que participan en este mercado y por lo tanto, existe mérito suficiente para sancionar. Sin embargo, se debe tener en cuenta que finalmente se entregó el producto y de mejor calidad.

En lo que se refiere a la operación No. 14291362, se encuentra que el 23 de noviembre de 2011 el mandante vendedor informa que han tenido retraso en la disponibilidad de algunos productos debido a demoras en la importación de los mismos<sup>115</sup>. Por su parte, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa el estado del producto para entregar, para efectos de cumplir con la fecha de entrega. Solicita colaboración de la comisionista compradora para recibir los bienes cuya disponibilidad para entrega es inmediata el 25 de noviembre y aceptar prórroga para los bienes que lo requieren: 8 computadores portátil, 1 impresora láser y 6 scanner<sup>116</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el 24 de noviembre las partes de común acuerdo, solicitan al departamento de operaciones prórroga en la entrega de la operación *“por motivo de fuerza mayor, ya que la importación de los equipos realizada por LEXMARK se nacionalizara hasta la próxima semana”*<sup>117</sup>. Las fechas quedan así:

- 8 computadores portátiles: 2 de diciembre de 2011
- 1 impresora láser: 7 de diciembre de 2011
- 6 scanner: 7 de diciembre de 2011

El 7 de diciembre de 2011, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa que de acuerdo con el acuerdo realizado, ya se entregaron los 8 computadores portátiles y se

<sup>115</sup> Cuaderno No 2 folio 759 a 761

<sup>116</sup> Cuaderno No 2 folio 765

<sup>117</sup> Cuaderno No. 1 folio 471

encuentran para entrega inmediata 4 scanner, sin embargo, por problemas de nacionalización solicita que los bienes faltantes se reciban el 14 de diciembre<sup>118</sup>.

Por lo anterior, el 9 de diciembre de 2011 el mandate comprador informa el incumplimiento<sup>119</sup> y la sociedad comisionista lo informa a la Bolsa.<sup>120</sup>

Sin embargo, el 14 de diciembre de 2011, nuevamente Hewlett Packard informa al Ministerio de Defensa que por razones de alta demanda tienen un retraso en la entrega del escáner y la fecha aproximada de entrega sería el 20 de enero de 2012<sup>121</sup>.

El día 16 de diciembre de 2011 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** presenta a operaciones el balance de las entregas<sup>122</sup> y en consecuencia, este mismo día el departamento de operaciones da respuesta a la solicitud de incumplimiento señalando que: *“de acuerdo al informe de la Sociedad Comisionista de Bolsa Vendedora, según la cual, la entrega pendiente corresponde al 4% de la operación, se considera que, es oportuno solicitar la intervención del comité arbitral que permita llegar a un acuerdo para la entrega pendiente, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 3.6.2.1.4.3. del Reglamento de Funcionamiento y operación de la Bolsa”*.<sup>123</sup>

En efecto establece este artículo: *“Diferencias entre las partes y mecanismos de solución de controversias. Las controversias que se susciten en desarrollo de las negociaciones de que trata el presente título, en particular las diferencias en la calidad del bien, producto o servicio, así como los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a través de operaciones llevadas a cabo o en los eventos no contemplados en la ficha técnica de negociación que alegue cualquiera de las partes deberán ser resueltas a través del Comité Arbitral de la Bolsa de conformidad con los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación de castigos, bonificaciones, descuentos o ajustes de cualquier tipo que hayan sido fijadas previamente en la ficha técnica de la negociación así como de la facultad de las partes para acudir ante las autoridades competentes o pactar y acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos”*.

El 21 de diciembre de 2011 se efectúa arreglo directo acordando lo siguiente<sup>124</sup>:

- 1) *“El vendedor se compromete a gestionar la consecución de los 2 escáner que hacen falta por entregar hasta máximo el jueves 22 de diciembre de 2011, de no conseguirlos en la*

<sup>118</sup> Cuaderno No 2 folio 763

<sup>119</sup> Cuaderno No. 1 folio 473

<sup>120</sup> Cuaderno No. 1 folio 474

<sup>121</sup> Cuaderno No 2 folio 757

<sup>122</sup> Cuaderno No. 1 folio 470

<sup>123</sup> Cuaderno No. 1 folio 468

<sup>124</sup> Cuaderno No 2 folio 476



*fecha indicada la sociedad comisionista compradora declarará el incumplimiento parcial de la operación.*

- 2) *Los restantes artículos que faltaban por entregar es decir 3 puertos inalámbricos para impresora multifuncional y una tarjeta Gybabit se entregará como máximo el 30 de diciembre de 2011.*
- 3) *Como indemnización el vendedor entregará una impresora multifuncional hasta máximo el 30 de diciembre de 2011”.*

No obstante lo anterior, el 22 de diciembre el mandante vendedor informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que se efectuaron las gestiones posibles para conseguir localmente los 2 scanner pero no hay disponibilidad<sup>125</sup>. En consecuencia, mediante comunicación PSD-820 del 26 de diciembre de 2011 se declara el incumplimiento parcial en la entrega de la operación.<sup>126</sup>

Ahora bien, obra en el expediente acta del 29 de diciembre de 2011 de recibo del producto de la operación así como de impresora como indemnización<sup>127</sup>, factura de MicroHard Ltda. y orden pago<sup>128</sup> y solicitud de liberación de garantías el 3 de enero de 2012<sup>129</sup>.

De acuerdo con lo anterior queda claro que no se cumplió con la entrega de la totalidad del producto pactado en la fecha acordada ni después de la prórroga otorgada, sin embargo se entregó de manera extemporánea el producto más una indemnización lo cual si bien no exime de responsabilidad, debe tenerse en cuenta como atenuante de la misma.

### **6.3. De las normas vulneradas por el incumplimiento en la entrega del producto en las condiciones pactadas en las operaciones No. 9316830, 9741617, 10309847, 14090120, 14090128, 13962397, 14291361 y 14291362.**

El Área de Seguimiento imputa a la sociedad comisionista la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 recogidos en el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de la Bolsa; situación que configuraría la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia.

<sup>125</sup> Cuaderno No 2 folio 758

<sup>126</sup> Cuaderno No. 1 folio 477 y 448

<sup>127</sup> Cuaderno No 2 folio 753 a 755

<sup>128</sup> Cuaderno No 2 folio 1319 a 1321

<sup>129</sup> Cuaderno No. 4 folio 1318



Como se vio previamente, en ninguna de las operaciones estudiadas se cumplió con la entrega de producto en las condiciones pactadas, bien sea porque el mismo se entregó de manera extemporánea incumpliendo el término pactado o porque definitivamente hubo producto que se dejó de entregar.

Lo anterior y teniendo en cuenta que la sociedad comisionista se refiere de manera constante a la adecuación típica de la conducta, implica una vulneración del numeral 6 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 (aplicable desde su publicación el 15 de mayo de 2006, vigente en la actualidad y recogido en el decreto 2555 de 2010) que establece expresamente la obligación para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*. (Resaltado fuera del texto original)

En efecto, tanto la no entrega como la entrega extemporánea del producto implican un incumplimiento de esta obligación por cuanto celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron.

Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación establece como obligación de los miembros de la Bolsa *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*<sup>130</sup>. En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”* y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán *“Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de*

<sup>130</sup> Igual disposición se establece en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos: *“Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...): 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*.



*dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.”.* En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar en cada una de las operaciones estudiadas, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

La no entrega del producto, genera un incumplimiento toda vez que las operaciones celebradas en este escenario de negociación deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de modo, tiempo y lugar pactadas, y esta obligación sólo en cabeza de la sociedad comisionista recae ya que se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión, a nombre propio, por cuenta ajena.

En efecto, el contrato de comisión es una especie de mandato no representativo siendo parte de su esencia, la circunstancia en virtud de la cual el comisionista obra en nombre propio, es decir, la firma comisionista, es la que realiza el negocio y soporta plenamente los efectos del mismo, para luego desplazarlos a su mandante o cliente. Como lo define el código de comercio en su artículo 1287 *“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”.*

Siendo esto así, le asiste razón al área de seguimiento al encontrar que la conducta investigada, se enmarca dentro de aquella contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, la cual debe ser objeto de investigación y sanción en los siguientes términos: *“Incumplir las operaciones celebradas a través de la Bolsa o los deberes correspondientes al desarrollo de las actividades autorizadas;”.*

En lo que se refiere a la vulneración del numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, que establecen que será obligación de los miembros de la Bolsa conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad además de los argumentos expuestos en la parte general, señala la sociedad comisionista en las operaciones estudiadas que: *“hay falencias muy graves en el Concepto de la Violación y se desconoce cómo se realiza la adecuación típica de las normas imputadas. ¿Cómo se faltó a los principios de lealtad, claridad y precisión?; ¿Cómo se faltó a los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia? y ¿Cómo se faltó a la obligación de conducir los negocios con buena fe y especial responsabilidad? No hay respuesta a estas preguntas, pues la Solicitud Formal de Explicaciones y el Pliego de Cargos adolecen de un Concepto de la Violación bien sustentado”.*



Al respecto debe señalarse que el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. De esta manera, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público.

El incumplimiento de la operación implica de suyo la vulneración de los deberes que como profesional del mercado, que actúa en virtud de un contrato de comisión, le son aplicables. En efecto, el contrato de comisión se encuentra definido por la ley en los siguientes términos: *“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”*<sup>131</sup>, siendo la característica de profesional un elemento esencial del contrato y el cumplimiento del encargo a nombre propio, la obligación principal para el comisionista.

Siguiendo esta línea, como profesional del mercado y al actuar en virtud de un contrato de comisión, a la sociedad comisionista le son aplicables además de aquellos deberes establecidos reglamentariamente, todos los deberes que surgen del principio de buena fe objetiva, entendido éste como aquél que introduce en el contenido de las obligaciones, deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo<sup>132</sup>.

En efecto, la doctrina ha agrupado algunas exigencias a todos los profesionales que dependerán del sector o de la especialidad a la cual se aplique el caso concreto, determinando que las obligaciones especiales asumidas en los contratos, en forma expresa o tácita, por los profesionales, son<sup>133</sup>:

*“Dentro de estas obligaciones cabe destacar aquellas que, a pesar de no haber sido contempladas por los contratantes, se entienden tácitamente incorporadas y, por ende, implícitamente asumidas por el profesional, a través de interpretaciones jurisprudenciales enderezadas a proteger a la parte neófita, al consumidor o a la clientela profana. Para la determinación de estas obligaciones se acude a la noción de **la buena fe objetiva**, la cual sirve como instrumento de integración de los contratos, función esta de la buena fe consagrada expresamente en nuestro Derecho por los artículos 1.603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor los contratos obligan “no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”. Así las cosas, en cada caso el juez debe analizar el contrato para establecer a qué se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también la buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las*

<sup>131</sup> Código de Comercio. Art. 1287

<sup>132</sup> NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Revista de Derecho Privado Externado 17-2009. Pág. 49

<sup>133</sup> Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: Jose Ignacio Narváez García- Julio Cesar Uribe Acosta.



*obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente”.* (negrillas por fuera del texto original).

Seguidamente la doctrina, divide estas obligaciones especiales derivadas del principio de buena fe objetiva en tres categorías con deberes concretos cada una de ellas. De esta manera se encuentran las obligaciones de lealtad; obligaciones de eficacia y obligaciones de seguridad. Por su parte, dentro de las obligaciones de lealtad se identifican: (i) obligación de ejecutar el contrato; (ii) obligación de información; (iii) deber de vigilancia; (iv) deber de transparencia; (v) deber de perseverancia; (vi) deber de fidelidad; (vii) respeto a los intereses del cliente y (viii) facilitar la ejecución del contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la buena fe objetiva determina unos parámetros de conducta y exige un comportamiento objetivo determinado, ha señalado la doctrina que la misma *“presupone **que se actúe**, de manera que para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe, no creer que ha sido diligente, sino serlo realmente, no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida confirma a buena fe, sino haberlo sido en realizada y suministrado la información adecuada, no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo refleje, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe”*<sup>134</sup>. (negrillas pertenecen al texto original)

Queda claro entonces que en el marco de los deberes del profesional, es preciso que los mismos se cumplan de manera efectiva, no siendo por tanto suficiente el convencimiento de que se actuó diligentemente, o de manera honesta, leal, recta y responsable, toda vez que debe probarse su efectiva realización.

Ahora bien, evidencia la Sala en las operaciones analizadas que como común denominador la sociedad comisionista no utilizó adecuadamente los procedimientos establecidos en los reglamentos de la Bolsa para modificar las operaciones o para encontrar los mecanismos que permitieran evitar el incumplimiento. Lo anterior implica falta de prudencia y precisión en el manejo de negocios, esto es con la debida sensatez, exactitud y precisión que se esperan de un profesional del mercado bursátil. En efecto, como profesional debía conocer y cumplir de manera estricta los procedimientos y lineamientos de las normas que regulaban su actividad.

Así las cosas por las consideraciones anotadas, encuentra la Sala que en efecto se vulneraron normas legales y reglamentarias sin causal que exima de responsabilidad

<sup>134</sup> NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Revista de Derecho Privado No. 18, 2010. Pág. 68



disciplinaria, existiendo por tanto mérito suficiente para sancionar. La sanción a imponer será determinada en el acápite de *Graduación de la sanción*.

## VII. DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA FICHAS TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN EN LAS OPERACIONES No. 12539938 Y 15467738.

### 7.1. HECHOS

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor por cuenta de su mandante MULTIMODAL EXPRESS LTDA. las operaciones forward MCP que se detallan a continuación<sup>135</sup>:

No. Operación	Fecha celebración	Producto	Fecha entrega inicial	Fecha entrega Final	Lugar de entrega	Fecha Pago
12539938	29-dic-10	Servicio de logística y transporte para entrega de desayunos	10-ene-11	31-oct-11	Bogotá	15-dic-11
15467738	11-may-12	Servicio de logística y transporte para entrega de víveres	4-may-12	2-nov-12	Villavicencio	17-dic-12

Las operaciones enunciadas fueron declaradas incumplidas por la administración de la Bolsa mediante comunicaciones PSD-156 del 8 de marzo de 2011 y PSD-247 del 22 de mayo de 2012, por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las fichas técnicas de negociación.

### 7.2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 7.2.1. De la situación presentada en la Operación No. 12539938

Esta operación fue celebrada el 29 de diciembre de 2010 para entregas entre enero a octubre de 2011. El objeto de la negociación consistía en: *“Contratar el servicio de transporte – operación logística para el Programa de Alimentación Escolar PAE del COMITENTE COMPRADOR, mediante el proceso de recibo y distribución de productos para el abastecimiento de los Desayunos industrializados en las regionales de Bogotá y Meta”*<sup>136</sup>.

Adicional a las condiciones y obligaciones de la sociedad comisionista vendedora, la ficha técnica de negociación en su numeral 10 establecía unas obligaciones del comitente vendedor durante la ejecución de la operación, el cual se encuentra representado por la

<sup>135</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 217) y SIB (Cuaderno No. 1 folio 295)

<sup>136</sup> Ficha Técnica de Negociación para la adquisición del servicio de transporte –operación logística desayunos industrializados programa de alimentación escolar (Cuaderno No. 1 folios 286 a 292).

sociedad comisionista vendedora y tal como lo señala misma ficha técnica “*el comitente dará cumplimiento a estas obligaciones, sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidad que le asisten al comisionista vendedor como principal obligado de la relación contractual*”. Dentro de estas obligaciones se encuentran las siguientes:

*“4. Asegurar la confiabilidad en el manejo de los inventarios de la mercancía de propiedad de COMITENTE COMPRADOR mediante el establecimiento de procedimientos para el manejo, como el uso de un WMS<sup>137</sup> que garantice la confiabilidad del mismo. Dichos procedimientos deben ser aprobados por el comitente comprador”.*

*“6. Contar con un software WMS para manejar la operación logística en tiempo real y que esté disponible para consulta permanente las 24 horas por parte del comitente comprador, durante la ejecución del servicio. Dicho WMS debe permitir tener visibilidad de TODAS las bodegas utilizadas para la operación como adicionalmente debe generar informes de manera inmediata cada vez que el comitente comprador los requiera”.*

Igualmente en la descripción operativa del programa<sup>138</sup> y plan de calidad <sup>139</sup> se determinan responsabilidades y obligaciones del operador logístico.

En acta de reunión de inicio operaciones operación logística se determina cómo se manejará el sistema WMS y las visitas que se efectuarán a las bodegas<sup>140</sup>.

El 2 de febrero de 2011, el ICBF informa que de acuerdo con la visita realizada el 22 de enero a la bodega del operador logístico se determinó que el lugar no cumplía totalmente con lo exigido en el Decreto 3075 y señala que el proveedor se comprometió a realizar las adecuaciones antes de iniciar la operación: (i) disponer un lugar para recolección y almacenamiento de residuos sólidos, (ii) arreglar pisos de madera, (iii) cortina para evitar ingreso de polvo, (iv) mallas protectoras en lámparas, (v) hacer exámenes de laboratorio al personal manipulador de alimentos y (vi) activar el sistema de ventilación del depósito de frutas. El día 10 de febrero el ICBF notifica que cuenta con 3 días para hacer las adecuaciones acordadas y de no hacerlo se procederá a aplicar los descuentos<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Por sus siglas en inglés “Warehouse Management System” es el sistema o software especializado en la gestión operativa de un almacén.

<sup>138</sup> Cuaderno No. 1 folios 278 a 280

<sup>139</sup> Cuaderno No. 1 folios 276 a 277

<sup>140</sup> Cuaderno No. 3 folios 1286 a 1291. Esta comunicación es remitida Agrogestiones S.A. a OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. mediante comunicación del 7 de febrero de 2011 (Cuaderno No. 1 folios 302)

<sup>141</sup> Cuaderno No. 1 folio 300

Sin embargo, no se efectúan las adecuaciones señaladas y el 25 de febrero de 2011 el ICBF pone de presente a Agrogestiones S.A. el incumplimiento en la calidad por no encontrarse adecuada la bodega e incumplimiento por el indebido funcionamiento del WMS<sup>142</sup>.

El 2 de marzo de 2011 Agrogestiones S.A. remite los hallazgos encontrados en la visita del 23 de febrero de 2011, en la cual se evidencia que se encontraron en mal estado los pisos de la bodega, la entrada de la mercancía, el almacenamiento, el despacho y las devoluciones de las mercancías. Igualmente señalan que se encontró producto vencido<sup>143</sup>.

Ahora bien, el 4 de marzo de 2010 Agrogestiones solicita la declaratoria de incumplimiento por la suspensión de servicios en la bodega del operador logístico y las malas prácticas de almacenamiento y mala rotación, que ocasionó el vencimiento del producto.<sup>144</sup> En efecto, en comunicación remitida por el ICBF<sup>145</sup> se enumeran los motivos por los cuales se solicita el incumplimiento así: (i) no obstante el concepto sanitario favorable del Hospital de Fontibón, fueron solicitadas unas adecuaciones que no se realizaron. El 4 de marzo de 2010 la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá hizo visita a la bodega, emitiendo concepto sanitario desfavorable y ordenando la suspensión total de trabajos o servicios en la bodega<sup>146</sup>, (ii) El 3 de marzo de 2010, fue hallado en la bodega producto vencido, que se encontraba almacenado y que se convirtió en foco de contaminación para los demás productos. De acuerdo con las visitas a la panificadora se concluyó que las reclamaciones de calidad del pan aliñado obedecen a prácticas de almacenamiento y existe pérdida de producto de propiedad del ICBF originada en mala rotación y descuido por parte del comitente vendedor<sup>147</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-156 del 8 de marzo de 2011 certifica el incumplimiento en la calidad del servicio de la operación.<sup>148</sup>

Las partes acuden a Cámara Arbitral según consta en acta de arreglo directo No. 16 iniciada el 14 de marzo de 2011 y suscrita el 1 de abril de 2011.<sup>149</sup> El 16 de marzo el

<sup>142</sup> Cuaderno No. 1 folios 312 y 313. Adicionalmente el 28 de febrero de 2011 señala que se aplicará el formato de verificación a las condiciones de los vehículos que transportan los alimentos del programa (Cuaderno No. 3 folios 1237).

<sup>143</sup> Cuaderno No. 1 folios 314 a 319 y 1231

<sup>144</sup> Cuaderno No. 1 folio 322

<sup>145</sup> Cuaderno No. 1 folio 320 y 321

<sup>146</sup> Obra en el expediente el acta de suspensión total de trabajos (Cuaderno No. 1 folio 305 a 311)

<sup>147</sup> Igualmente obra en el expediente acta de reunión del 07 de marzo de 2011 sobre el seguimiento y el incumplimiento de la operación en donde entre otras cosas, se señala que se encontró producto vencido en la bodega de Multimodal (Cuaderno No. 1 folio 323 a 325)

<sup>148</sup> Cuaderno No. 1 folio 326 a 329. La CC Mercantil el 10 de marzo de 2011 pregunta a Agrogestiones si acudirán a la Cámara arbitral o si desea la actuación de la CC Mercantil (Cuaderno No. 1 folio 293).



mandante vendedor remitió informe de ejecución del programa alimentación escolar. Se acuerda que: (i) el vendedor entregará la reposición de 1490 unidades de pan aliñado, 154 de pasabocas, y 640 de pan coco. La reposición la realizará dentro de las 72 horas siguientes a la información de ubicación de producto por parte del ICBF; (ii) la bodega del proveedor estará disponible el día jueves 17 de marzo a fin de que el ICBF realice la visita de inspección para poder iniciar labores ahí, (iii) el sistema WMS se entregará el sábado 19 de marzo y (iv) se realizarán los descuentos conforme a la ficha técnica de Negociación.

En el informe de ejecución del programa de alimentación escolar el mandante vendedor hace referencia a inconvenientes presentados frente a los horarios de recepción del producto, cronogramas para productos devueltos, disposición de los conductores o responsables del proceso por parte de los proveedores, inconvenientes con el menú y los puntos de entrega<sup>150</sup>.

Igualmente en comunicación del 7 de julio informa que<sup>151</sup>: (i) a la fecha no se han restablecido las entregas por parte de los proveedores en los horarios determinados en la ficha técnica de negociación, (ii) almacenamiento: remite copia de concepto favorable, registros fotográficos y evidencia de capacitaciones realizadas al personal de la bodega; (iii) despacho: los cambios de menú han afectado la operación y han sido reiterativos durante la recepción de la fruta y en despachos de saldos, (iv) sistema de inventarios WMS: se refiere a los inconvenientes presentados con el sistema lo cual llevó a que la información no fuese en tiempo real. Se realizó un plan de mejoras al software; (v) calidad: problemas de almacenamiento de los productos, éstos se vieron afectados por el colapso de una estantería pero se aplicó el plan de contingencia. Los productos fueron retenidos por el comitente comprador y no han recibido indicación respecto de su disposición final; (vi) problemas en el pago de facturas.

---

<sup>149</sup> Cuaderno No. 1 folios 297 a 299

<sup>150</sup> Cuaderno No. 2 folio 696 a 699. Adicionalmente obra en el expediente documentación que da cuenta de inconvenientes con las actas de entrega y las facturas. En efecto, en reunión del 9 de abril de 2011, se habían efectuado acuerdos respecto de la legalización de actas de entrega, radicación de facturas y pago a entregas efectivas (Cuaderno No. 2 folio 672 a 674). Sin embargo, el 6 de mayo de 2011, el ICBF señala que las actas de entrega no cumplen con lo estipulado en la ficha técnica del producto y por lo tanto devuelve las facturas del operador logístico (Cuaderno No. 3 folio 1223.). Por su parte, el 9 de mayo de 2011 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa a Agrogestiones S.A. que su mandante ha decidido no entregar en los puntos en donde el responsable no firme el acta de entrega, pues en ocasiones anteriores el ICBF se ha negado a pagar cuando no se encuentra firmada la misma (Cuaderno No. 2 folio 695). En efecto, el numeral 7 de la ficha técnica de producto referido al alistamiento y entrega de los desayunos escolares señala entre otros puntos que: *“toda acta de entrega debe estar firmada por el responsable, con su nombre, su número de identificación, su firma, fecha y hora de recibo. No se recibirán actas que no cumplan estos requisitos”*. Por su parte señala la ficha técnica de negociación en el acápite de forma de pago que adjunto a la factura se deberán radicar las actas de entrega originales firmadas a conformidad por los responsables. (Cuaderno No. 1 folios 281 a 285).

<sup>151</sup> Cuaderno No. 2 folio 675 a 689.



Por su parte, el ICBF el 8 de julio de 2011 solicita que se declare el incumplimiento de la operación toda vez que *“se han registrado incumplimientos reiterados de obligaciones no solo importantes sino críticas para el desarrollo del Programa de Alimentación Escolar (...)”*<sup>152</sup>. Se refiere a las siguientes situaciones: (i) entrega de productos vencidos *“cuya causa más probable es la entrega de productos vencidos mezclados con productos vigentes en un solo empaque”*. Señala el ICBF que las explicaciones dadas por el comitente vendedor prueban inconsistencias del sistema WMS; (ii) indebido almacenamiento del producto; (iii) incumplimiento de la obligación de asegurar la confiabilidad en el manejo de los inventarios de la mercancías de propiedad del comitente comprador y aplicación inadecuada al WMS; (iv) incumplimiento de la obligación de garantizar que los productos bajo su custodia conserven la calidad en que le fueron entregados; (v) no se realizó la instalación del extractor de aire solicitado; (vi) no acatar indicaciones del ICBF; (vii) incumplimiento del decreto 3075 de 1997; (viii) reclamos por oportunidad de entregas y cantidad de producto entregado; (ix) problemas en alistamiento y entregas. Señala otros requerimientos a los cuales no se ha dado respuesta. Menciona frente a la calidad en el servicio que el sistema de información de inventarios WMS de la ciudad de Villavicencio no funciona a la fecha y la bodega no se encuentra avalada por el ICBF.

Por lo tanto, la sociedad comisionista compradora mediante comunicación AGS-308-11 del 13 de julio de 2011, solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación.<sup>153</sup>

De acuerdo con lo anterior, el 19 de julio de 2011 el departamento de operaciones solicita al departamento de Convenios Control Calidad realizar una visita a las instalaciones del operador logístico por los incumplimientos reiterados<sup>154</sup>. El departamento de convenios responde el 26 de julio de 2011, señalando que en las comunicaciones del ICBF se evidencia de manera documental que el proveedor ha incumplido obligaciones de la ficha técnica y adjunta copia de la comunicación<sup>155</sup>.

Sin embargo, el 26 de julio de 2011 el departamento de operaciones responde al comunicado de la sociedad comisionista compradora, señalando que no se encuentra procedente la declaratoria de incumplimiento porque los argumentos expuestos corresponden al incumplimiento de los acuerdos establecidos de manera directa entre las partes y a los establecidos en acta de comité arbitral. Por lo tanto es oportuno convocar al

<sup>152</sup> Cuaderno No. 3 folios 1152 a 1167. El 12 de julio remite comunicación con la tasación de los incumplimientos (Cuaderno No. 3 folios 1133 a 1135).

<sup>153</sup> Cuaderno No. 1 folio 239

<sup>154</sup> Cuaderno No. 1 folio 238

<sup>155</sup> Cuaderno No. 1 folio 237

comité arbitral para dar solución a los actuales conflictos de acuerdo con el artículo 3.6.2.1.4.3 del Reglamento de la Bolsa.<sup>156</sup>

Las partes continúan exponiendo sus argumentos en torno a las situaciones presentadas en la ejecución de la operación. Es así como el 26 de julio de 2011 el ICBF se refiere a los inconvenientes presentados en diferentes aspectos de la operación así<sup>157</sup>:

- a. Recepción de productos: se modificaron los horarios de recibo en beneficio del desarrollo del programa de común acuerdo con el comitente vendedor.
- b. Almacenamiento: se refiere a las diferencias entre los diferentes conceptos sanitarios emitidos y los hallazgos del ICBF. Señala que: *“muchos de los hallazgos del ICBF concuerdan con los del Hospital de Engativá, que motivaron la aplicación de la medida sanitaria de seguridad del 4 de Marzo de 2011, consistente en la suspensión total de trabajos o servicios. Esto indica que, 38 días después de la visita del ICBF, aún no se había dado cumplimiento total a lo exigido”*. Se refiere a hallazgos evidenciados por el ICBF en visita del 12 de julio de 2011, señalando que el comitente vendedor continúa incumpliendo.
- c. Despachos: señala que en una operación logística es necesario desarrollar una correcta alimentación del sistema de información y así poder reaccionar ante contingencias surgidas en el desarrollo de la operación.
- d. WMS: el sistema WMS del operador logístico presenta inconsistencias que afectan el cumplimiento de la operación y no permiten asegurar la trazabilidad de los productos bajo su custodia.
- e. Calidad: se refiere a diferentes hallazgos en cuanto a prácticas de almacenamiento y operación inadecuadas en la bodega del operador logístico.
- f. Otros temas.

El 28 de julio de 2011 Multimodal Express Ltda. expone nuevamente sus argumentos en relación con cada punto del ICBF.<sup>158</sup>

El 27 de julio el ICBF solicita concepto frente a posible incumplimiento de la operación y asesoría sobre el procedimiento a seguir y posteriormente remite las siguientes comunicaciones informando de nuevos inconvenientes presentados:<sup>159</sup>

- Comunicación del 1 de agosto con reclamo de la institución educativa distrital de España de Mártires, por incumplimiento en la entrega del producto<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Cuaderno No. 1 folio 240

<sup>157</sup> Cuaderno No. 1 folio 225 a 236

<sup>158</sup> Cuaderno No. 2 folio 661 a 666

<sup>159</sup> Cuaderno No. 3 folio 1107

<sup>160</sup> Cuaderno No. 3 folio 1106

- El 3 de agosto remite requerimiento al comitente vendedor logístico respecto de los hallazgos encontrados en visita de 3 unidades aplicativas de la localidad de Mártires<sup>161</sup>.
- EL 12 de agosto remite tasación por incumplimiento en calidad y oportunidad en el servicio de transporte<sup>162</sup>.
- El 18 de agosto solicita a Agrogestiones tramitar la verificación de los incumplimientos por parte del departamento de calidad de la BMC y remite registro fotográfico de los hallazgos.<sup>163</sup>

En consecuencia, el 23 de agosto de 2011, Agrogestiones S.A. relaciona los inconvenientes presentados en el desarrollo de la operación y solicita a la Bolsa actuar de acuerdo con el reglamento.<sup>164</sup> Los incumplimientos hasta el momento los concreta así:

- 1) *“El comitente vendedor efectuó el cambio de una bodega en Villavicencio sin la previa autorización de nuestro mandante el ICBF, y sin enviar la documentación requerida para dicho cambio como lo estipula la Ficha de Negociación (...)*
- 2) *Los arrumes de producto no respetan la altura de apilamiento indicada en los empaques, y pueden provocar deterioro del producto, esto se contempla en el numeral 5.1 en donde se menciona que los descuentos de calidad se realizaran (sic) por mala manipulación.*
- 3) *En la ficha de negociación en el punto 10 sobre las obligaciones a cargo del comisionista vendedor durante la ejecución del contrato, se debe garantizar la calidad del producto y en el momento de la visita se encontraron alimentos en estado de descomposición y vencidos.*
- 4) *La bodega carece de áreas para manejo de residuos sólidos y material de reciclaje.*
- 5) *El aseo de la bodega no es muy favorable (...)*
- 6) *(...) No se cuenta con el debido control al sistema de Información por el WMS.*
- 7) *De acuerdo al numeral 9.1.3. Ficha de Negociación, sobre el parque automotor el servicio de transporte no tiene ningún control que asegure las condiciones higiénicas y requisitos obligatorios”.*

El 25 de agosto el ICBF informa que *“los días 22 y 23 de agosto al Colegio Centro Sagrado Corazón de la localidad de Santa Fe los desayunos fueron entregados fuera del horario establecido (6 a 9 am), lo cual ocasionó que 220 niños esos días no consumieran desayuno”*<sup>165</sup>. Igualmente, el 26 de agosto informa del incumplimiento de los compromisos adoptados en reunión en la

<sup>161</sup> Cuaderno No. 3 folio 1095 y 1099

<sup>162</sup> Cuaderno No. 3 folios 1091 a 1094

<sup>163</sup> Cuaderno No. 3 folios 1025 a 1033. Obran en el expediente los informes de visita de las bodegas (Cuaderno No. 1 folios 245 a 266).

<sup>164</sup> Cuaderno No. 1 folios 267 y 268. Igualmente remite comunicación a Opciones Bursátiles sobre la devolución de actas soporte para pago (Cuaderno No. 3 folio 1113).

<sup>165</sup> Cuaderno No. 3 folio 1083

cual se realizó seguimiento a la confiabilidad del WSM<sup>166</sup> y el 29 de agosto se da alcance a las tasaciones por incumplimiento realizadas<sup>167</sup>.

La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-487 del 5 de septiembre de 2011 declara el incumplimiento de la operación en la prestación de servicio de logística para entrega de desayunos dentro de los términos acordados por las partes, refiriéndose a los puntos señalados por la sociedad comisionista compradora en comunicación del 23 de agosto de 2011 y comunicación del ICBF del 18 de agosto de 2011.<sup>168</sup>

El 20 de septiembre de 2011 el mandante vendedor Multimodal Express Ltda., da respuesta a la declaratoria de incumplimiento<sup>169</sup> informando que (i) de acuerdo con concepto de la Secretaría de Salud, la bodega cumplía las condiciones sanitarias establecidas, (ii) el almacenamiento de productos perecederos correspondía a sobrantes, (iii) concepto favorable de ente de control de salud de Villavicencio, (iv) presenta anexos para la solución de cada problema de gestión.

Luego de declarado el incumplimiento continúan presentándose inconvenientes y discusiones en torno a la tasación de los incumplimientos<sup>170</sup>.

De todo lo anterior, se encuentra probado que se presentaron diferentes inconvenientes en la prestación del servicio, al igual que se evidencia la complejidad de la operación. En efecto, es claro que en un principio se incumplieron los numerales 4 y 6 de la ficha técnica de negociación al no asegurar la confiabilidad en el manejo de los inventarios de la mercancía mediante el establecimiento de procedimientos para el manejo, como el uso de un WMS, pues tal y como lo acepta el comitente vendedor este programa presentó

<sup>166</sup> Cuaderno No. 1 folios 1077 a 1081

<sup>167</sup> Cuaderno No. 3 folio 1076. El mismo día se remite oficio de requerimiento de inventarios físicos (Cuaderno No. 3 folio 1069 a 1074) y oficio de descuento de facturas (Cuaderno No. 3 folio 1015 a 2021). En reunión del 31 de agosto de 2011 se analizan los descuentos a aplicar (Cuaderno No. 1 folio 220) y el 31 de agosto de 2011 Multimodal Express da respuesta a tasación de incumplimientos (Cuaderno No. 3 folios 934 a 936).

<sup>168</sup> Cuaderno No. 1 folios 273 a 275

<sup>169</sup> Cuaderno No. 2 folio 690 a 694

<sup>170</sup> Obra en el expediente la siguiente documentación: (i) Comunicación del 6 de septiembre de 2011 en la cual Agrogestiones S.A. remite al ICBF informe de visita realizada el 2 de septiembre a Multimodal Express Ltda. Igualmente remite comunicación sugiriendo al ICBF acogerse al procedimiento de la ficha técnica relativo a la imposición de las sanciones (multas) por incumplimiento (Cuaderno No. 3 folios 1036 a 1068), (ii) Informe de visita del 9 de septiembre de 2011 (Cuaderno No. 3 folios 959 a 970), (iii) comunicación del 12 de septiembre Agrogestiones envía respuesta de Multimodal a reclamación de unidad aplicativa España de los Mártires, en donde se señala que las actas fueron firmadas de conformidad por la persona responsable de la unidad (Cuaderno No. 3 folio 1000 a 1014), (iv) el 10 de octubre de 2011 Multimodal Express Ltda se pronuncia respecto de la tasación del incumplimiento (Cuaderno No. 2 folio 647 a 659), (v) El 31 de octubre y el 8 de noviembre se pronuncia el ICBF (Cuaderno No. 3 folios 917 a 919 y 921 a 933).



inconvenientes en un principio no permitiendo la trazabilidad real de los productos. Igualmente se encontró producto vencido, indebido almacenamiento de la mercancía y no se realizaba actualización de la información.

La sociedad comisionista en sus descargos señala que la bodega al dar inicio a la operación contaba con condiciones óptimas para su ejecución y que los productos vencidos correspondían a inconvenientes con los proveedores.

No pueden aceptarse dichos argumentos por cuanto en visita del 22 de enero se determinó que el lugar no cumplía totalmente con lo exigido en el Decreto 3075 de 1997 y se efectúan compromisos para realizar las adecuaciones, lo cual demuestra que la bodega antes de iniciar la operación no cumplía con los requerimientos de la ficha técnica, pero en adición a lo anterior, no se efectúan las adecuaciones en el tiempo concedido para el efecto lo cual es informado por parte del ICBF el 25 de febrero de 2011 el ICBF<sup>171</sup> y confirmado en la visita del 4 de marzo de 2010 por parte de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que emitió concepto sanitario desfavorable y ordenó la suspensión total de trabajos o servicios en la bodega.

En lo que se refiere al producto vencido, también se determinó que correspondía a malas prácticas de almacenamiento. Lo anterior se concluye luego de visitas realizadas a la panificadora<sup>172</sup>. De hecho en acta de arreglo directo se señala que<sup>173</sup>: *“Por problemas presentados en el manejo interno de los inventarios en la bodega se presentaron problemas en el vencimiento de productos así: pan aliñado 14.900 unidades, pasabocas 154 unidades y pan coco 640. Se requiere de la reposición total de los productos”*. El mandante vendedor acepta que se presentaron problemas de rotación en la bodega y de mal almacenamiento.

Respecto del segundo incumplimiento certificado señala la sociedad comisionista en sus descargos que: *“En cuanto hace a las condiciones de la bodega, debe advertirse que el mandante vendedor solicitó a la autoridad sanitaria realizar visita de inspección, cuya conclusión se plasmó en el Acta No. 2377, advirtiéndose que se cumplían con las normas y las condiciones sanitarias”*.

Al respecto debe señalarse que en comunicación del 18 de agosto de 2011 el ICBF solicita el incumplimiento toda vez que se efectuó el cambio de bodega *“sin previo aviso al Comitente Comprador, sin remitir registro sanitario favorable y sin la aprobación de que trata el numeral 9.1.1. de la Ficha técnica de negociación (...)”*.

En efecto señala el numeral 9.1.1. de la ficha técnica<sup>174</sup>:

<sup>171</sup> Cuaderno No. 1 folios 312 y 313

<sup>172</sup> Cuaderno No. 1 folio 320 y 321

<sup>173</sup> Cuaderno No. 1 folio 298

<sup>174</sup> Cuaderno No. 1 folio 290



*“El Comitente Vendedor debe presentar el concepto sanitario favorable de TODAS las Bodegas de almacenamiento de los productos, que utilizará en la ejecución del servicio que se contrata mediante la presente ficha de negociación. Dicho documento debe ser expedido por el organismo competente conforme al Decreto 3075/97*

*Los conceptos sanitarios favorables de todas las Bodegas deberán haber sido expedidos con una antelación no mayor a un año con relación a la fecha de presentación de los documentos en la BMC.*

*En la operación no se admitirá ninguna bodega diferente a las presentadas con su respectiva documentación ante la SCV”.*

Sin embargo, se lee en acta del 2 de agosto que el comitente vendedor informa del cambio cuando éste ya se había efectuado y no se había remitido ninguna documentación<sup>175</sup>. Por lo tanto el que de manera posterior se efectúe visita por parte de la entidad correspondiente, no elimina el hecho de que se incumplió con esta obligación.

Adicionalmente tal y como se verificó previamente, se decreta el incumplimiento también por problemas de almacenamiento nuevamente, manejo del inventario y rotación del producto, higiene de la bodega, el sistema de información WMS no cuenta con el adecuado control, condiciones de higiene y requisitos del parque automotor.

De hecho como se anotó previamente, el departamento de convenios control calidad de la Bolsa señaló que *“en las comunicaciones del ICBF se evidencia de manera documental que el proveedor si ha incumplido obligaciones establecidas en la ficha técnica de negociación en los aspectos relacionados con las condiciones higiénicas de bodegas, rotación de inventarios, trazabilidad, condiciones de almacenamiento y calidad del producto”*. Igualmente obra en el expediente informe de hallazgos y correcciones en bodegas de Villavicencio con compromisos y cumplimiento de los mismos<sup>176</sup>.

Ahora bien, señala la sociedad comisionista en sus descargos en la parte general, que no se establece cuáles requisitos de la ficha técnica se incumplieron e igualmente, señala de manera específica para esta operación, que el área de seguimiento no advirtió como se transgredieron las normas citadas como infringidas.

Al respecto debe señalar que se evidencia en el pliego de cargos el señalamiento de cada una de las obligaciones establecidas en la ficha técnica de negociación que no se habrían cumplido en los siguientes términos:

---

<sup>175</sup> Cuaderno No. 3 folio 1102

<sup>176</sup> Cuaderno No. 4 folios 1388 y 1389



*“Respecto de las condiciones sanitarias de las bodegas, almacenamiento y calidad de productos, establece la ficha técnica de negociación:*

*11. Garantizar que los productos bajo su custodia conserven la CALIDAD en las condiciones en que le fue entregado por el Comitente Vendedor.*

*A su turno la ficha técnica de producto habla de la actividad de almacenamiento como: “la actividad de custodia en bodegas en condiciones ambientales de acuerdo a la ciudad de operación, que garanticen la conservación de los productos que conforman el desayuno escolar aplicando las adecuadas prácticas de almacenamiento definidas en el artículo 3075 de 1997, así como las establecidas por el Comitente Comprador.” Respecto de las obligaciones se fijan los siguientes requisitos generales:*

*Para el servicio de recibo, almacenamiento, alistamiento, distribución y entrega de los alimentos que conforman el desayuno escolar, el comitente vendedor deberá cumplir con la Ley 09 de 1979, reglamentada en el Decreto 3075 de diciembre de 1997 del Ministerio de Salud Pública, que establece las buenas prácticas de manufactura, la Resolución 002505 de septiembre de 2004 del Ministerio de Transporte y las normas locales, que reglamentan las condiciones de transporte de alimentos.*

*El comitente comprador a través de la SCBC exigirá al comitente vendedor a través de la SCBV los conceptos sanitarios favorables vigentes, emitidos por la autoridad sanitaria correspondiente para las bodegas de almacenamiento o manejo de productos y los vehículos que se utilicen para realizar la entrega.*

*Así mismo establece como requisitos específicos en la Ficha Técnica de Producto:*

### **5. Almacenamiento**

- Las bodegas del comitente vendedor destinadas al almacenamiento de los productos que conforman el desayuno escolar deben cumplir con todas las condiciones definidas en el decreto 3075 de 1997 para almacenamiento, así como a las definidas por el Comitente Comprador.*
- Para almacenar los productos se utilizara estantería y/o almacenamiento a piso sobre estibas según lo (sic) los requerimientos del modelo operativo aprobado por el Comitente Comprador y cumpliendo con la normatividad vigente para el almacenamiento de alimentos.*
- Se deben garantizar las especificaciones de almacenamiento suministradas por el proveedor de los productos, con el fin de garantizar la calidad y el buen estado de los mismos.*
- Una vez recibido el producto por el comitente vendedor conforme al muestreo definido por el Comitente Comprador, que garantiza la verificación de la calidad del producto, será responsabilidad de este, mantenerlo en las condiciones recibidas, si en cualquier*

*momento el Comitente Comprador evidencia deterioro en las condiciones de las cajas de los productos, generando un posible daño de la calidad de los mismos, el comitente vendedor responderá por dichos productos cancelado el valor declarado de los mismos de manera mensual.*

- *Todos los productos del Comitente Comprador deben estar almacenados de manera conjunta y debidamente separados de productos que los puedan contaminar por sabor u olor, cumpliendo con lo definido en el Decreto 3075 de 1997.*
- *El comitente vendedor, cumpliendo con lo definido en el Decreto 3075 de 1997, garantizará la implementación Plan de Saneamiento con objetivos claramente definidos y con los procedimientos requeridos para disminuir los riesgos de contaminación de los alimentos. Este plan es responsabilidad directa del comitente vendedor.*

## **6. Almacenamiento de Frutas**

*El comitente vendedor debe garantizar las buenas prácticas de almacenamiento para el almacenamiento de las FRUTAS con el fin de mantener el buen estado de las mismas. Se deberá cumplir con lo indicado en el Decreto 3075 CAPITULO VII- referido al Almacenamiento, distribución y transporte de alimentos.*

### **11. Requisitos adicionales:**

#### **Requisitos de las bodegas:**

*Todas las operaciones y condiciones de almacenamiento, deben evitar:*

- *La contaminación y alteración del alimento;*
- *La proliferación de microorganismos indeseables en el alimento; y*
- *El deterioro o daño del envase o embalaje*

*Las operaciones de almacenamiento deberán cumplir con las siguientes condiciones:*

- *Debe llevarse un control de primeras en vencer y primeras en salir con el fin de garantizar la rotación de los productos. Es necesario que la empresa periódicamente dé salida a productos y materiales inútiles, obsoletos o fuera de especificaciones para facilitar la limpieza de las instalaciones y eliminar posibles focos de contaminación;*
- *Se mantendrán las instalaciones limpias y en buenas condiciones*
- *El almacenamiento de los productos se realizara de manera que se minimice su deterioro y se eviten aquellas condiciones que puedan afectar la higiene, funcionalidad e integridad de los mismos. Además se deberán identificar claramente para conocer su procedencia, calidad y tiempo de vida.*
- *El almacenamiento de los alimentos devueltos por fecha de vencimiento caducada deberá realizarse en un área o deposito exclusivo para tal fin; este depósito deberá identificarse claramente, se llevará un libro de registro en el cual se consigne la fecha y*

*la cantidad de producto devuelto, las salidas parciales y su destino final. Estos registros estarán a disposición de la autoridad sanitaria competente.*

- *Los plaguicidas, detergentes, desinfectantes y otras sustancias peligrosas que por necesidades de uso se encuentran dentro de la bodega, deben etiquetarse adecuadamente con un rotulo en que se informe sobre su toxicidad y empleo. Estos productos deben almacenarse en áreas o estantes especialmente destinados para este fin y su manipulación sólo podrá hacerla el personal idóneo, evitando la contaminación; de otros productos.*
- *Los establecimientos dedicados al depósito de alimentos deben cumplir con las condiciones estipuladas para el almacenamiento de alimentos, señaladas en el decreto 3075.*

(...)

### **Requisitos del personal**

*El personal contratado por el comitente vendedor, debe cumplir con las siguientes características mínimas:*

(...)

- 2. Personal capacitado y certificado en manipulación de los productos, incluyendo a conductor y ayudante del vehículo.*
- 4. Toda persona que intervenga en el cargue, descargue y transporte de los alimentos debe estar certificada como manipulador de alimentos.*

*En cuanto al sistema de inventarios la ficha técnica de negociación dispone en el numeral 10 obligaciones a cargo del comitente vendedor*

- 2. Responder y garantizar por la trazabilidad de los productos desde el momento en que recoge y/o se recibe en sus Instalaciones y hasta la entrega de los mismos en los puntos definidos por el comitente comprador en los FT anexos a este documento. Dicha trazabilidad debe ejecutarse mediante el sistema logístico del Comitente Vendedor y se debe tener acceso las 24 horas vía WEB.*
- 4. Asegurar la confiabilidad en el manejo de los inventarios de la mercancía de propiedad de COMITENTE COMPRADOR mediante el establecimiento de procedimientos para el manejo, como el uso de un WMS que garantice la confiabilidad del mismo.*
- 6. Contar con un software WMS para manejar la operación logística en tiempo real y que esté disponible para consulta permanente las 24 horas por parte del comitente comprador durante la ejecución del servicio. Dicho WMS debe permitir tener visibilidad de TODAS las bodegas utilizadas para la operación como adicionalmente debe generar informes de manera inmediata cada vez que el comitente comprador los requiera.*

*Sobre esta obligación establece también la ficha técnica de producto, dentro de los requisitos específicos:*

#### 4. Inventarios

- *El comitente vendedor realizará inventarios cíclicos semanales de los productos entregados al Comitente Comprador los cuales garantizarán la confiabilidad del inventario, dichos inventarios serán regulados por el respectivo procedimiento el cual es establecido por el comitente vendedor y aprobado por el Comitente Comprador.*
- *El comitente vendedor deberá garantizar la confiabilidad del inventario utilizando el sistema logístico WMS.*
- *El Comitente Comprador tendrá acceso al sistema logístico con el fin de poder hacer las consultas que requiera.*
- *El comitente vendedor manejará registros de los inventarios Cíclicos de los productos del Comitente Comprador en su respectivo formato, el cual podrá ser solicitado por el Comitente Comprador en el momento que considere pertinente.*
- *El Comitente Comprador debe tener visibilidad de los inventarios las 24 horas del día mediante el WMS o sistema de gestión de inventarios que este posea.*

#### 10. Informes requeridos por el Comitente Comprador

*Para el control de la operación logística, el comitente vendedor debe garantizar el flujo de la información las 24 horas, mediante el acceso vía WEB a su sistema logístico (WMS, ERP), el cual debe permitir la generación de los siguientes reporte. (...)*

Por lo anterior no puede ser de recibo el argumento esgrimido por la sociedad comisionista en sus descargos que cumplió con sus obligaciones, pues si bien es cierto que en un primer momento para participar en la negociación cumplió ciertos requisitos, también lo es, que la ficha técnica determinaba unas obligaciones durante la ejecución de la operación, y fueron estas las que no se cumplieron.

En efecto, en la operación objeto de análisis, el objeto de la operación consistía en la prestación del servicio de transporte - operación logística mediante el proceso de recibo y distribución de productos para el abastecimiento de los Desayunos industrializados en las regionales de Bogotá y Meta por lo tanto el no cumplir con las condiciones establecidas en la ficha técnica para prestar dicho servicio en efecto implica que la entrega no se efectúa en las condiciones pactadas, lo cual se enmarca dentro del evento de incumplimiento establecido en el numeral 5 del artículo 3.6.2.1.6.1 del Reglamento que se presenta cuando *“no se dé cumplimiento a las condiciones de entrega y/o pago que sean fijados en la ficha técnica de negociación, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.1.4.7 y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6”*<sup>177</sup>, lo cual conlleva a la vulneración de los deberes aplicables a las

<sup>177</sup> El Título Sexto del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que regula el Mercado de Compras Públicas empezó a regir el 18 de enero de 2010, y la operación objeto de investigación se celebró el 29 de diciembre de 2010.



sociedades comisionistas miembros de la Bolsa tal y como se explicará en el acápite de normas vulneradas.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta para efectos de la determinación de la sanción a imponer que se trataba de una operación de una complejidad alta, en donde finalmente se logró entregar la totalidad de los desayunos objeto del servicio negociado e igualmente se evidencia un constante seguimiento de la operación y una actitud proactiva por parte de la punta vendedora efectuando diversas reuniones así como intentando dar solución a cada inconvenientes presentado. En efecto, obran en el expediente las actas de reuniones desde el 18 de enero de 2011 hasta agosto de 2011 en donde se hacía seguimiento permanente de las circunstancias presentadas en la operación<sup>178</sup>.

### **7.2.2. Operación No. 15467738**

Esta operación fue celebrada el 11 de mayo de 2012 y tenía como objeto prestar el servicio de logística y transporte para entrega de víveres.

Sin embargo, el 18 de mayo de 2012 Agrofib S.A. como comisionista comprador, solicita declarar el incumplimiento de la operación por requisitos habilitantes. Se solicita el incumplimiento de varias operaciones dentro de las cuales se incluye la operación No. 1547738<sup>179</sup>. Da alcance a la anterior solicitud mediante comunicación AF-0133 del 22 de mayo de 2012 señalando el requisito incumplido para cada una de las operaciones, que en el caso de la operación bajo investigación se define como técnico, jurídico y financiero. Señala respecto de todas las operaciones que: *“los motivos para solicitar la declaratoria de incumplimiento corresponden entre otros a la no presentación del **REGISTRO UNICO DE PROPONENTES**, al no cumplimiento del **NIVEL MAXIMO DE ENDEUDAMIENTO**, al no cumplimiento del **SUMINISTRO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA CON CORTE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011** y a la condición de que la información contenida en el RUP deberá estar **EN FIRME** al momento de realizar la negociación”*<sup>180</sup>.

Mediante comunicación del mismo día Multimodal Express Ltda. –mandante vendedor- se refiere a la solicitud de incumplimiento señalando que el artículo 221 del decreto 019 de 2012 señala que no se requerirá este registro para los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas e igualmente señala que *“la información que presenta el Registro Único de Proponentes es igualmente verificable con la Declaración de Renta del año 2011 (...)”*<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Cuaderno No. 3 folios 1100 a 1283 y 972 a 997

<sup>179</sup> Cuaderno No. 1 folio 501

<sup>180</sup> Cuaderno No. 1 folio 499

<sup>181</sup> Cuaderno No. 2 folio 579



De acuerdo con lo anterior, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación por incumplimiento de requisitos habilitantes mediante comunicación PSD-247 del 22 de mayo de 2012<sup>182</sup>. Sin embargo mediante comunicación PSD-271 del 30 de mayo de 2012, la administración de la Bolsa da alcance a la declaratoria de incumplimiento e informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que *“en ejercicio de la facultad otorgada por el Parágrafo del Artículo 3.2.3.2.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación, en adelante el Reglamento, la Bolsa, de oficio, declara la anulación de la(s) operación(es) de la referencia (...) teniendo en cuenta que la entidad estatal comitente compradora ha manifestado que el requisito relativo a la capacidad financiera es insubsanable, en razón de lo cual, queda sin efecto la comunicación PSD-247 del 22 de mayo anteriormente citada por medio de la cual se declaró el incumplimiento de la operación”*<sup>183</sup>.

En sus descargos señala la sociedad comisionista que de manera previa a la celebración de la operación, se suministró información precisa manifestando que el registro se encontraba en actualización lo cual a su juicio coincidía con lo establecido en el decreto 019 de 2012. Reitera que la información puede verificarse mediante la declaración de renta y señala adicionalmente que la Bolsa autorizó al mandante para participar en la Rueda de Negocios.

Encuentra la Sala que no son aceptables los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista toda vez que teniendo en cuenta el nivel de profesionalidad predicable de las sociedades comisionistas que participan en este mercado, no había lugar a una interpretación del requisito por cuanto era clara la ficha técnica respecto del requisito solicitado al señalar:

### **“8.2.3 Registro Único De Proponentes**

*Teniendo en cuenta que en virtud del Artículo 6.1.2.2 del Decreto 734 de 2012 se indica que “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales, o las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, **deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes**”, los Comitentes Vendedores deberán allegar el Registro Único de Proponentes original expedido por la Cámara de comercio cuya fecha de expedición no podrá ser superior a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de revisión de la documentación **y encontrarse en firme a la fecha de cierre de la negociación en la BMC**, en el que se acredite que se encuentran inscrito (...)”*

*Las personas jurídicas y cada uno de los integrantes de Consorcio o Unión Temporal, deben encontrarse inscritos en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, calificados y clasificados en las actividades solicitadas.*

<sup>182</sup> Cuaderno No. 1 folio 504.

<sup>183</sup> Cuaderno No. 1 folio 497



(...)

*La inscripción en el RUP del comitente vendedor y de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal deberá encontrarse en firme a la fecha de presentación de la documentación a la BMC.*

Es clara la exigencia en cuanto la sociedad debe estar inscrita y dicha inscripción debía estar en firme en el momento de la negociación. Al punto que no tenerlo llevó a la anulación de la operación.

En efecto, lo que se analiza en el presente proceso disciplinario es el cumplimiento de un requisito previamente establecido en la ficha técnica de negociación los cuales tal y como lo establece la Circular Única de la Bolsa, son de obligatorio cumplimiento, por lo tanto el no presentarlo en firme como ésta lo exigía implica un incumplimiento de su obligaciones como vendedor, obligaciones que no puede delegar en la Bolsa como lo señala en sus descargos. En efecto, señala el artículo 3.1.2.5.6.1. de la Circular Única: “(...) Si, adicionalmente, en la ficha técnica de negociación, la entidad estatal establece el cumplimiento de requisitos por parte de los comitentes vendedores que tengan la intención de participar en la rueda de negociación, éstos se deberán cumplir en los términos señalados en la respectiva ficha técnica de negociación”.

Siendo esto así, no encuentra la Sala aceptable el argumento de la sociedad comisionista pues se estableció de manera clara y previa a la celebración de las operaciones, la obligatoriedad de contar con la inscripción del RUP y de ninguna manera era posible interpretar que éste podría encontrarse en trámite.

Adicionalmente debe señalarse que el RUP es un registro de creación legal y en el mismo “constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente (...)”<sup>184</sup> por lo cual, no se trata de una exigencia caprichosa sino que es un requisito necesario para la entidad estatal de acuerdo con sus necesidades y marco para contratar.

Ahora bien, el hecho que la Bolsa haya anulado la operación en nada afecta la responsabilidad de la sociedad comisionista por el incumplimiento de sus obligaciones pues debió verificar el cumplimiento por parte de su cliente, de cada uno de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación. De hecho de acuerdo con la información contenida en la comunicación de anulación y aquella remitida por el departamento técnico, la anulación correspondió a que de manera posterior a la declaratoria se informó por parte de la sociedad comisionista compradora que el incumplimiento en los requisitos

<sup>184</sup> Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. Artículo 6.



financieros no era subsanable pues como se anotó, es este registro en donde consta dicha información.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que existe un incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica y en este sentido, considera que la sociedad comisionista debió verificar que los documentos remitidos por su mandante se acompañaran con aquellos exigidos por la ficha técnica.

### **7.2.3. De las normas vulneradas por la conducta de OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. en las operaciones No. 12539938 y 15467738 y concepto de violación.**

El incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, implica un desconocimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista dentro de la operación celebrada.

Dicha conducta configura una vulneración a lo establecido en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, según el cual las sociedades comisionistas miembros, están obligadas a *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*. Adicionalmente vulnera lo previsto en el artículo 1.6.5.1 numeral 1 que prevé de manera específica dentro de las obligaciones de los miembros de la Bolsa la de *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación.”*.

En el caso de la operación No. 12539938 debe aclararse que se tratan estos de deberes generales de los miembros, aplicables a todas las operaciones celebradas en este mercado incluyendo el mercado de compras públicas. Es por esto que más allá de que se hubiese cumplido con la entrega del producto y con los requisitos previos establecidos en la ficha técnica para la celebración de la operación, lo cierto es que durante la ejecución de la negociación se incumplió con los puntos establecidos en la misma lo cual implica, como se anotó la vulneración de los deberes generales de los miembros, de cumplir todas las obligaciones que contraigan así como la normatividad aplicable.

Por su parte, en la operación No. 15467738 debe señalarse que se aleja del profesionalismo con que deben actuar las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, el certificar el cumplimiento de requisitos por parte de los clientes sin efectuar una revisión adecuada de la ficha técnica, la cual era clara y expresa en cuanto a la exigencias para celebrar la operación.



De otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010<sup>185</sup>, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”* pues denota falta de precisión, claridad y diligencia el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y verificar que se cumple con la totalidad de los requisitos exigidos.

Adicionalmente, la sociedad comisionista incumplió con el deber de asesoría inherente al contrato de comisión toda vez que no informó y verificó junto con su mandante que se cumplieran por parte de éste último las condiciones exigidas para participar en la negociación, lo cual en últimas también representa una afectación al mandante ya que no puede completar la negociación ni entregar el producto que se obligó a proveer afectándose por tanto también su reputación. Lo anterior conlleva a la vulneración por parte de la sociedad comisionista del deber establecido en el numeral 10 del 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 (anterior artículo 29 del Decreto 1511 de 2006), el cual consagra como obligación de los miembros de la Bolsa la de *“Actuar como expertos prudentes y diligentes respecto de sus clientes, en especial en lo que se refiere a su deber de asesoría a los mismos.”* En efecto, la conducta de la sociedad comisionista afecta no solo al mercado y a su contraparte sino también a su cliente.

## VIII. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL ANTICIPO PACTADO EN LA FICHA TÉCNICA DE NEGOCIACIÓN EN LA OPERACIÓN No. 13671708.

### 8.1. De la situación presentada y consideraciones de la Sala

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador la operación forward MCP No. 13671708 el 15 de julio de 2011 sobre 34 unidades de switch tipo 1 por cuenta de su mandante Ministerio de Defensa, por un valor total de negociación de \$187.000.000.

El 21 de julio de 2011, el Ministerio de Defensa informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A** sobre la revisión efectuada frente a los requisitos habilitantes y respecto de la operación bajo estudio da el siguiente concepto:<sup>186</sup>

<sup>185</sup> Antes en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

<sup>186</sup> Cuaderno No. 2 folios 542 a 546



1. Se solicita definir cuáles son las interfaces físicas del STACK o apilamiento admitido que debe ser compatible con el hardware existente correspondiente al switch marca FORCE10 S25N cabeza de pila.
2. Se solicita definir y confirmar la compatibilidad del 100% del firmware de los equipos ofertados con los equipos existentes en cabeza de pila marca FORCE 10 S25N, advirtiendo que se requiere que el firmware sea igual para garantizar que solo haya una interface de administración.
3. Se solicita suministrar copia del contrato No. 1036 del 2006, del Fondo Financiero Distrital de Salud-Secretaría Distrital de Salud.

Obran en el expediente correos electrónicos del 22 de julio dando respuesta al tema de compatibilidad de los productos y señalando que se adjunta el contrato solicitado<sup>187</sup>.

No obstante lo anterior, el 1 de agosto de 2011 el Ministerio de Defensa informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que de acuerdo con la respuesta dada por el comitente vendedor en cuanto a los temas de compatibilidad del producto, éste no cumple con lo requerido por el Ministerio<sup>188</sup>. Por lo tanto la sociedad comisionista solicita el incumplimiento de la ficha técnica sobre los requisitos habilitantes.<sup>189</sup>

El Departamento de Operaciones dio respuesta el 9 de agosto de 2011, indicando que la solicitud no procedía porque dentro de los requisitos habilitantes no se hace mención a las aclaraciones de la comunicación anterior.<sup>190</sup> La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** da respuesta mediante comunicación del 10 de agosto de 2011 señalando un requisito de la ficha técnica respecto de la compatibilidad del producto que a su juicio no se cumple.<sup>191</sup> Debe anotarse que tal y como lo menciona el Departamento de Operaciones, no es exacto ni preciso el requisito por lo cual da lugar a interpretaciones el hecho de que se cumpla o no con lo solicitado por el comitente comprador.

Así las cosas, continúan los debates en torno al requisito de la ficha técnica<sup>192</sup> y finalmente mediante comunicación PSD-654 del 18 de octubre de 2011 se declara el incumplimiento

<sup>187</sup> Cuaderno No. 2 folio 524

<sup>188</sup> Cuaderno No. 2 folios 537 a 541

<sup>189</sup> Cuaderno No. 1 folio 401 y 402

<sup>190</sup> Cuaderno No. 1 folio 400 y 401

<sup>191</sup> Cuaderno No. 1 folio 399

<sup>192</sup> En efecto, el 19 de agosto el departamento de operaciones solicita se indique a través de que medio se dio a conocer el hardware existente en la entidad para que los vendedores pudieran tener la información y solicita al vendedor informar si el producto cumple con la dicha técnica de negociación (Cuaderno No. 1 folio 394 y 395). El mandante vendedor responde el 22 de agosto de 2011 que sí cumple (Cuaderno No. 1 folio 393). El 23 de agosto de 2011 la sociedad comisionista investigada da respuesta a solicitud del departamento de operaciones (Cuaderno No. 1 folio 385 a 391) y el 9 de septiembre éste último ratifica su posición previa en cuanto la ficha técnica no hace referencia al requisito habilitante señalado por el

en el pago del anticipo de la operación<sup>193</sup>. En efecto, para la fecha pactada al momento de efectuar la negociación, no se había realizado el pago del anticipo.

Al respecto, debe anotarse que concuerda la Sala con el área de seguimiento en cuanto *“(...) contrario a lo argumentado por la investigada, la ficha técnica de negociación no establece condición alguna referente al pago del anticipo, si bien el comitente se encuentra facultado para realizar la verificación del cumplimiento de calidad de los productos a adquirir, dicha verificación no era óbice para dejar de cumplir con su obligación como parte compradora en esta primera etapa de la negociación, consistente en efectuar el pago establecido como anticipo con el fin de que su contraparte pudiera dar inicio a la operación, más aún cuando ni siquiera se había iniciado con la entregas del producto”*.

En efecto, tal y como las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación deben ser de cumplimiento estricto y preciso por parte del vendedor, también deben serlo por parte del comprador y no encontrándose establecido en la ficha técnica ningún requisito previo para el pago del anticipo no puede, el comprador de manera unilateral imponerlo.

En esta línea debe señalarse frente al argumento de la sociedad comisionista en cuanto se trataba de recursos públicos; que las operaciones celebradas en este escenario deben regirse por las normas que lo regulan y por ende, no hay lugar a excepciones que no se encuentren previamente consagradas en los Reglamentos o en las fichas técnicas de negociación. El hecho de que su comitente sea una entidad estatal no exime a la sociedad comisionista del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la operación, en su

---

comprador al igual que mediante comunicación del 14 de septiembre (Cuaderno No. 1 folio 384 y 380). Posteriormente obran en el expediente comunicaciones respecto del requisito del protocolo PVST (comunicación del departamento de operaciones del 12 de septiembre de 2011 (Cuaderno No. 1 folio 383), respuesta del mandante vendedor del 13 de septiembre de 2011 y comunicación del 14 de septiembre en la cual el departamento de operaciones informa a la sociedad comisionista investigada la respuesta dada por el vendedor y reafirma que no procede la declaratoria de incumplimiento (Cuaderno No. 1 folio 381). Mediante comunicaciones del 14 y 15 de septiembre la sociedad comisionista solicita reevaluar la respuesta del departamento de operaciones frente al incumplimiento (Cuaderno No. 1 folio 380 y 370 a 379). El 19 de septiembre el departamento de operaciones informa al comisionista vendedor que la ficha técnica del producto establece como requisito cumplir con el estándar PVST+ y solicita informe el procedimiento a seguir para garantizar el cumplimiento de los requisitos de producto establecidos en la FTP (Cuaderno No. 1 folio 369), luego explica a la investigada que unos son los incumplimientos en los requisitos habilitantes de la dicha técnica del producto y otros los requisitos del producto (Cuaderno No. 1 folio 368) y el 21 de septiembre de 2011, remite al comisionista vendedor la evaluación realizada por el grupo de sistemas del Ministerio de Defensa y solicitan las aclaraciones respectivas (Cuaderno No. 1 folio 367). El 26 de septiembre de 2011 el comisionista comprador remite vía correo electrónico la respuesta del mandante sobre la evaluación técnica del Ministerio y el cumplimiento de los Switch (Cuaderno No. 1 folio 340 a 366). El 3 de octubre de 2011 el mandante comprador solicita instrucciones a la BMC para que indique el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento y el 4 de octubre la investigada eleva dicha solicitud a la Bolsa (Cuaderno No. 1 folio 339 y 526).

<sup>193</sup> Cuaderno No. 1 folio 403 a 407



calidad de comisionista comprador. Por el contrario, tal y como lo señala el Reglamento debe cumplir con todas las obligaciones reglamentarias y legales aplicables. Lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 3.6.1.5. del Reglamento en los siguientes términos:

**Artículo 3.6.1.5.- Obligaciones de los participantes y naturaleza de las obligaciones.** *Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que celebren operaciones a través del MCP estarán sometidas a la totalidad de las obligaciones que correspondan al tipo de operación, según se encuentre reglamentada en el presente libro así como a las demás obligaciones que les sean aplicables en virtud del Reglamento y de la normatividad vigente. Adicionalmente deberán atender las obligaciones contenidas en los contratos suscritos con los comitentes respectivos cumpliendo especialmente con el deber de asesoría que les asiste en virtud del contrato de comisión a ser desarrollado.*

*Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones celebradas en el MCP únicamente son responsables las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del comitente comprador y del comitente vendedor de poner oportunamente a su respectiva sociedad comisionista miembro de la Bolsa en condiciones de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las operaciones.*

Debe señalarse que aclara también este artículo que: “... Las operaciones celebradas a nombre de una sociedad comisionista miembro de la Bolsa a través del MCP se rigen por el derecho privado y sólo vinculan jurídicamente a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que en ellas intervienen” y a continuación se señala: “Por consiguiente no existirá vínculo jurídico entre:

1. La entidad estatal y la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe como contraparte de la sociedad miembro de la Bolsa que actúe por cuenta de la entidad estatal; y
2. La entidad estatal y el cliente de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa a que se refiere el numeral anterior.”

Por lo tanto, no se puede recurrir a otra normatividad no aplicable a las operaciones celebradas en este escenario.

En consecuencia la sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** debía cumplir con las condiciones pactadas en la negociación, de manera específica con la forma de pago pactada así: “(...) a. Un anticipo equivalente a la diferencia entre el 50% del valor de los elementos negociados y el valor del depósito entregado a la CC Mercantil en calidad de garantía por parte del Ministerio. Este pago se efectuara **dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la expedición y entrega del comprobante de operación de mercado abierto, así como la documentación del proveedor exigida para su registro en el Sistema SIF Nación acompañada de la certificación de los pagos correspondientes a los aportes al sistema general de seguridad social integral y demás aportes parafiscales debidamente suscritas por el representante legal o por el revisor fiscal si a ellos hubiere lugar**”. (negrillas por fuera del texto original).



Nótese que los únicos requisitos establecidos para el pago del anticipo eran la entrega del comprobante de negociación y la documentación del proveedor exigida.

Debe anotarse que el 19 de octubre de 2011 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa el incumplimiento en la entrega del producto, el cual tenía fecha de entrega final el 13 de octubre de 2011<sup>194</sup> y anexa comunicación del mandante en donde informa que a la fecha el producto no ha sido recibido<sup>195</sup>. Por lo tanto, el 20 de octubre de 2011 mediante comunicación PSD-674 la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento total en la entrega del producto<sup>196</sup>.

Se encuentra entonces que la operación nunca se cumplió y por lo tanto no se alcanzó el objetivo buscado con la negociación.

Así las cosas, encuentra la Sala que efectivamente la sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** incumplió con sus obligaciones en la operación lo cual vulnera diversas normas legales y reglamentarias tal y como se expondrá a continuación.

## **8.2. Normas vulneradas por la conducta de OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A. en la operación No. 13671708 y concepto de la violación.**

El incumplimiento en el pago del anticipo implica el incumplimiento de una obligación por parte de la sociedad comisionista en su calidad de comprador previamente establecida en la ficha técnica de negociación. En efecto, tal y como se señaló previamente, al encontrarse establecido dicho pago sin condición diferente a la entrega del comprobante de negociación y algunos requisitos documentales, no puede el comprador de manera unilateral decidir no cumplir. Lo anterior implica el incumplimiento de sus obligaciones como punta compradora y por ende la vulneración del numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 que determina el deber de los miembros de *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*, en concordancia con el deber contenido en el numeral 1 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento. Lo cual conlleva a la vulneración de los deberes generales de las sociedades comisionista de cumplir la ley, los reglamentos y en general la normatividad aplicable así como los contratos celebrados en este escenario según lo disponen los numerales 2 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento.

<sup>194</sup> Cuaderno No. 2 folio 532

<sup>195</sup> Cuaderno No. 2 folio 531

<sup>196</sup> Cuaderno No. 4 folio 1377



Ahora bien, tal y como lo ha señalado la Sala en la presente Resolución, el incumplimiento de una operación implica que su conducta se aleja de los deberes que como profesional le son aplicables. Adicionalmente, en el caso concreto se evidencia falta de precisión y claridad en su actuar, ya que como profesional experto y prudente debe conocer la reglamentación de este mercado y por ende informar a su cliente respecto de sus obligaciones, en especial, la obligación de cumplir las operaciones celebradas. Por lo tanto, entiende la Sala que se vulnera la disposición contenida en el numeral 8 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 en concordancia con el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento, que establecen el deber de conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad.

En consecuencia, concuerda la Sala con el área de seguimiento en cuanto la conducta se enmarca dentro la conducta objeto de investigación y sanción contenida en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento consistente en: *“Incumplir las operaciones celebradas a través de la Bolsa o los deberes correspondientes al desarrollo de las actividades autorizadas”*.

Por lo tanto encuentra la Sala que existe mérito suficiente para sancionar por la conducta estudiada, sin embargo, para efectos de graduación de la sanción, se tendrán en cuenta las circunstancias presentadas.

#### **IX. INCUMPLIMIENTO EN EL RECIBO DEL PRODUCTO EN LA OPERACIÓN No. 15154726**

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador la operación de físico disponible No. 15154726 el 20 de marzo de 2012, sobre 3600 kilogramos de carne de vacuno, por un valor total de negociación de \$64.800.000. Las entregas se pactaron entre el 22 de marzo y el 13 de abril de 2012.

El 2 de abril de 2012 Comiagro S.A. informa al Departamento de Operaciones que para la primera entrega programada para el 23 de marzo por 900 kilos, el mandante comprador solicitó aplazamiento de 800 kilos para el 19 de abril de 2012 porque no contaba con espacio para almacenar, lo cual, fue aprobado por el comitente vendedor. Para la segunda entrega por 900 kilos programada para el día 30 de Marzo de 2012, nuevamente se informa que el mandante comprador no está en capacidad de recibir ya que *“requerían de mínimo 10 días para evacuar los 100 kilos de producto entregado el 23 de Marzo de 2012. Condición esta que no estaba contemplada dentro de la Ficha Técnica de Negociación”*.<sup>197</sup> Señala que se han realizado todos los esfuerzos para colaborar con las solicitudes del mandante comprador y mantener la cadena de frío durante los aplazamientos solicitados, sin

---

<sup>197</sup> Cuaderno No. 1 folio 488



embargo, se solicitó un nuevo aplazamiento por lo tanto, solicita a la Bolsa su intervención para lograr el cumplimiento de la operación.

Por lo tanto el 3 de abril de 2012 el Departamento de Operaciones solicita se informe sobre la recepción del producto<sup>198</sup> y el 4 de abril da respuesta **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** señalando que los mandantes están haciendo ajustes en la operación.<sup>199</sup>

Sin embargo, el 27 de abril de 2012 Comiagro S.A. informa que el comprador recibió 100 Kg de los 36000 Kg negociados porque los procesos internos establecidos por el comprador para el recibo y maduración de la carne en sus cavas eran diferentes a los indicados en las fichas técnicas de negociación y producto.<sup>200</sup> En consecuencia, mediante comunicación PSD-223 del 10 de mayo de 2012, la Bolsa certifica el incumplimiento en el recibo del producto de la operación.<sup>201</sup>

Posteriormente, el 19 de junio de 2012 las sociedades comisionistas informan que si bien se decretó el incumplimiento de la operación en el recibo del producto, el mandante vendedor no tiene pretensión indemnizatoria alguna y por lo tanto se autoriza la liberación de las garantías constituidas por parte de la punta compradora<sup>202</sup>.

Ahora bien, en sus descargos señala la investigada que el producto no fue recibo debido a que no cumplía con la calidad mínima establecida en la ficha técnica y que se implementaron unas pruebas de calidad *“las cuales pese a que no quedaron explícitas en la Ficha Técnica de Negociación, fueron aceptadas por el mandante vendedor y guardaban plena relación con las condiciones del producto”*.

Al respecto debe ser enfática la Sala en cuanto no es aceptable que un profesional del mercado maneje una operación como si fuera una negociación común, olvidando que desarrolla su actividad en un mercado bursátil completamente regulado en donde, se limita la autonomía de la voluntad privada y se establecen normas de estricto cumplimiento en salvaguarda de la seriedad, seguridad y transparencia del mercado.

Por lo tanto, no es posible en este mercado hacer caso omiso de los procedimientos establecidos para los inconvenientes de calidad, igualmente se aleja de la diligencia predicable de un profesional el no hacer un análisis previo adecuado de las necesidades y

---

<sup>198</sup> Cuaderno No. 1 folio 493

<sup>199</sup> Cuaderno No. 1 folio 492. El 26 de abril de 2012 el departamento de operaciones solicita nuevamente la información (Cuaderno No. 1 folio 490).

<sup>200</sup> Cuaderno No. 1 folio 489

<sup>201</sup> Cuaderno No. 1 folio 494 y 495

<sup>202</sup> Cuaderno No. 2 folio 522



calidades del producto para plasmarlo de manera correcta en la ficha técnica de negociación.

Ahora bien, solicita la sociedad comisionista en sus descargos oficiar a la sociedad comisionista y al mandante comprador para que alleguen oficios a través de los cuales informen si se acordó la implementación de pruebas de calidad y si estas eran necesarias para determinar las condiciones técnicas de calidad del producto a consumir. Dicha prueba fue practicada por la Sala y mediante comunicación COM-1000-704, Comiagro S.A. informó:

*“Las fichas técnicas publicadas por Opciones Bursátiles de Colombia no establecían la implementación de pruebas de calidad. Sin embargo y ante la situación presentada en desarrollo de la operación no. 15154726, Comiagro S.A., con aprobación de nuestro mandante Frigorífico Vijagal autorizó que se realizarán (sic) pruebas sobre el producto recibido (100 kilos de punta anca) con el fin de darle tranquilidad al comprador respecto del cumplimiento de la Ficha Técnica del Producto. Para el proveedor no eran necesarias las pruebas de calidad, entre otras razones por que (sic) cuentan con certificación HACCP lo que garantiza el cumplimiento de las condiciones técnicas esenciales para este tipo de producto.*

*Como lo informamos en su momento las solicitudes de ampliación de los términos para el recibo del producto fundamentadas en los análisis de calidad, no contaron con ningún soporte técnico”.*

En efecto, sin sustento reglamentario alguno, el comprador decidió no recibir el producto. Lo anterior implica un incumplimiento de sus obligaciones dentro de la operación vulnerando por lo tanto el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 que establece la obligación para los miembros de la Bolsa de *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”* como igualmente lo consagra el numeral 1 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento. De igual manera el incumplimiento de sus obligaciones en la operación celebrada, implica la vulneración del obligación contenida en el numeral 7 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento consistente en *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”.* De hecho, la conducta adoptada de no recibir el producto sin seguir ningún procedimiento o mecanismo previsto en los reglamentos de la Bolsa, implicó que la operación finalmente no se cumpliera lo cual pone en entredicho la seriedad y seguridad de las operaciones que se celebran en este mercado.



Por lo tanto la conducta adoptada vulnera el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010<sup>203</sup>, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*, toda vez que se dejó de cumplir con las obligaciones propias de la operación celebrada sin justificación reglamentaria, y ante las circunstancias presentadas no se acudió a los mecanismos establecidos por la Bolsa, lo cual refleja una falta de claridad por parte de la sociedad comisionista y se aleja de los parámetros de diligencia exigibles a un participante de este mercado. En efecto, la sociedad comisionista debió informar de manera exacta e íntegra a su mandante sobre las obligaciones que adquiriría al acudir a este mercado, la naturaleza de las operaciones aquí celebradas y en especial, las características de un mercado bursátil en donde las operaciones, deben cumplirse.

En consecuencia concuerda la Sala con el área de seguimiento en cuanto la conducta estudiada se enmarca dentro de aquella objeto de investigación y sanción contenida en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia, consistente en: *“Incumplir las operaciones celebradas a través de la Bolsa o los deberes correspondientes al desarrollo de las actividades autorizadas”*, en efecto, fue precisamente lo que ocurrió en el caso concreto.

#### **X. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN LA OPERACIÓN No. 11404178.**

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor la operación forward MCP No. 11404178 el 6 de julio de 2010, sobre el producto servicio de transporte y logística por un valor total de negociación de \$455.000.000.

El objeto de la operación según lo establecido en la ficha técnica de negociación era: *“Contratar el servicio de Transporte, para el abastecimiento de los productos Arroz, Azúcar y Aceite, en las regionales de Caldas, Bolívar, Magdalena, Cundinamarca, Tolima, Santander, Boyacá, Córdoba, Atlántico, Valle del Cauca, Cauca y Cesar.”* Adicionalmente, el alcance del objeto era: *“Recoger los productos (Arroz, Azúcar y Aceite) en las plantas o bodegas de los comitentes vendedores de productos, inspeccionar, transportar a sus bodegas, recepcionar, almacenar productos, controlar los inventarios, preparar los pedidos (picking), y entregar los productos en los centros de acopio y cronograma establecidos por el COMITENTE COMPRADOR.”*<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Antes en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

<sup>204</sup> Cuaderno No.4 folios 2004 a 2016

Sin embargo durante la ejecución de la operación y en el desarrollo de las obligaciones propias del servicio contratado se presentan diferentes inconvenientes que concluyen con la certificación del incumplimiento de la operación, tal y como se muestra a continuación:

- El 3 de agosto el ICBF -mandante comprador- informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que los compromisos asumidos en reunión del 12 de julio no han sido cumplidos ya que los informes no están llegando a diario y las actas no están diseñadas de acuerdo a la necesidad en la trazabilidad, por lo tanto no se tiene un control detallado de la operación<sup>205</sup>.
- El 5 de agosto de 2010 el ICBF informa a Coragro Valores S.A. como comisionista comprador, los incumplimientos en la entrega del 4 de agosto de 2010 y los descuentos que aplicará<sup>206</sup>, adicionalmente informa de los incumplimientos presentados así<sup>207</sup>:
  - El 15 de julio validó y aprobó cronograma pero no fue cumplido, faltando la entrega a todas las regionales con excepción del Valle del Cauca.
  - El 28 de julio de 2010 se llegó al acuerdo que el 31 de julio se entregaría la totalidad de los productos, pero no se cumplió.
  - El 2 de agosto de 2010 se realiza otra reunión donde se retomaron los 64 puntos y se detalló el estado actual de entregas, evidenciando que había 32 puntos faltantes es decir un 50% por entregar. Informan que harán los descuentos correspondientes y otros incumplimientos como falta de entrega de informes diarios, informe de novedades y no existe una representante del programa por parte del operador logístico que atienda las dudas.
- Informe de incumplimientos del ICBF en donde expone nuevamente los problemas en las entregas en los diferentes puntos al igual los errores en los cuales ha incurrido en mandante comprador.<sup>208</sup>
- El 10 de agosto de 2010 **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** informa al mandante comprador que están cumpliendo con los compromisos adquiridos y señala los problemas con los proveedores de productos; frente a los centros de acopio.<sup>209</sup> Igualmente, el 11 de agosto de 2010 el mandante vendedor envía a Coragro Valores S.A. comunicación con las inconsistencias y acuerdos con el ICBF, refiriéndose a los incumplimientos señalados por éste último y los inconvenientes que se han presentado con los proveedores, el procedimiento de cargue y la ubicación de los puntos de entrega.<sup>210</sup>

<sup>205</sup> Cuaderno No. 4 folios 1802 a 1809

<sup>206</sup> Cuaderno No. 1 folios 178 y 179

<sup>207</sup> Cuaderno No. 1 folios 180 a 183

<sup>208</sup> Cuaderno No. 1 folios 173 a 177

<sup>209</sup> Cuaderno No 2 folios 773 a 778

<sup>210</sup> Cuaderno No 2 folios 769 a 772



El 18 de agosto de 2010, el ICBF informa a Coragro Valores S.A. los incumplimientos en la entrega del 5 de agosto de 2010 y los descuentos que aplicará.<sup>211</sup>

En consecuencia, el 25 de agosto de 2010<sup>212</sup> Coragro Valores S.A. solicita a la Bolsa, se decrete el incumplimiento parcial en la operación por incumplimientos reiterados en el desarrollo de la operación por parte del operador logístico. Explica que se han presentado faltantes en la recogida del producto. Por lo tanto, según señala, se ha presentado retraso en la respectiva distribución de los productos (menciona que 21 puntos presentan faltantes en el producto distribuido) e incumplimiento de otras obligaciones. De acuerdo con lo anterior, la Bolsa declara el incumplimiento de la operación mediante comunicación PSD-654 del 1 de septiembre de 2010.<sup>213</sup>

Obra en el expediente acta de reunión del 7 de septiembre de 2010 en donde se revisa el cronograma de entregas para el tercer ciclo y se dan acuerdos operativos entre los comitentes, se analizan cronogramas de entregas y situaciones de los proveedores.<sup>214</sup>

Posteriormente según consta en acta de arreglo directo No. 16 en la Cámara Arbitral de la Bolsa, las partes efectúan acuerdos para las entregas siguientes, la reunión inicia el 6 de septiembre de 2010 y se reanuda el 9 de septiembre.<sup>215</sup> Adicionalmente y según se expresa en la reunión, el 9 de septiembre de 2010 Coragro Valores solicita a la Bolsa ampliar el concepto del incumplimiento toda vez que dicha falta incluye no solo la recolección sino también la distribución de los productos en cada punto.<sup>216</sup>

Ahora bien, respecto de esta operación explica la sociedad comisionista en sus descargos que se presentaron inconsistencias en la información consignada en los puntos de entrega y en la disposición de recibo de los responsables de cada sitio, no se estableció un único procedimiento de cargue para las empresas productoras y se presentaron inconvenientes con el proveedor de aceite por lo cual señala que *“se presentaron circunstancias exógenas que impidieron el normal desarrollo de la operación, pese a que mi representada siempre tuvo toda la intención de honrar las obligaciones inherentes a la operación”*. Por lo tanto solicita oficiar al mandante vendedor para que allegue escrito informando acerca de las situaciones irregulares que se habrían presentado con los proveedores y durante que fechas se presentaron.

---

<sup>211</sup> Cuaderno No. 1 folios 184 y 185

<sup>212</sup> Cuaderno No. 1 folio 211

<sup>213</sup> Cuaderno No. 1 folio 216

<sup>214</sup> Cuaderno No. 1 folio 166

<sup>215</sup> Cuaderno No. 1 folios 167 a 170

<sup>216</sup> Cuaderno No. 1 folios 158 a 163



Al respecto debe señalarse que existe suficiente acervo probatorio que demuestra los inconvenientes presentados, en especial, escritos del mandante vendedor señalando todas las circunstancias presentadas, por lo tanto, la Sala consideró que no se encontraba establecida la utilidad de la prueba.

En efecto encuentra la Sala que es claro que se trataba de una operación de una complejidad alta, con una ardua logística; sin embargo debe aclararse que siendo precisamente éste el objeto de la negociación no pueden tenerse como eximentes de responsabilidad los inconvenientes presentados toda vez que precisamente sobre este tipo de vicisitudes debió versar el análisis previo sobre riesgos y viabilidad de la operación.

Es claro para la Sala que dentro del carácter de profesionales diligentes y responsables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, están obligadas a realizar un análisis de riesgos de la operación y por tanto, determinar los componentes complejos de la misma, los cuales en el caso concreto versaban precisamente alrededor de la operación logística. Son situaciones que debieron preverse y por ende, adoptar medidas de contingencia para cumplir en las condiciones pactadas.

Ahora bien, se encuentra probado que hubo incumplimientos en la recolección y distribución del producto, servicio que era el objeto de negociación. De hecho se señala en el acta de arreglo directo:

*“En cuanto al incumplimiento en el retiro de producto las partes están de acuerdo con la información que se relaciona en el PSD 654, para la fecha en que se dictaminó dicho incumplimiento (...)*

*En relación con el primer ciclo las partes aceptan que se pondrán de acuerdo en los descuentos a aplicar, conforme a lo dispuesto para ello en la Ficha Técnica, exceptuando las demoras originadas en las modificaciones al programa o en equivocaciones de dirección en que incurrió el ICBF”.*

Por lo tanto se encuentra que en efecto se presentó un incumplimiento en las obligaciones pactadas, sin embargo también hubo errores por parte del comitente comprador que deben ponderar en la responsabilidad de la sociedad comisionista. Igualmente serán tenidas en cuenta por la Sala las diferentes circunstancias dentro del desarrollo de la operación que dificultaron su cumplimiento así como la voluntad de cumplimiento demostrada en las diferentes pruebas documentales en donde se analizan los inconvenientes presentados y en las actas de reuniones realizadas en el ICBF y actas de compromiso remitidas por la sociedad comisionista<sup>217</sup>.

<sup>217</sup> Cuaderno No. 4 folios 1810 a 1836 y 1791. Adicionalmente la sociedad comisionista remitió la siguiente documentación: (i) Modelo de distribución programa PAE (Cuaderno No. 4 folios 1864 a 1869) y soportes



Ahora bien, debe señalarse que el incumplimiento en una de las obligaciones principales como punta vendedora que era la recolección del producto, implica que la entrega no se efectuó en los términos pactados, en efecto, al tratarse de la prestación de un servicio son éstas obligaciones las que determinan si se efectúa una entrega efectiva del producto pactado. Lo anterior implica la vulneración del numeral 6 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 que establece la obligación para los miembros de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*. En efecto, no se efectuó la recolección y distribución del producto de acuerdo con las condiciones pactadas.

Lo anterior conlleva a la vulneración del numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que establece como obligación de los miembros *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”<sup>218</sup>*, toda vez que se incumplió una de las obligaciones principales de la operación, aunque de manera parcial. Adicionalmente, entiende la Sala que con el incumplimiento en las obligaciones propias del servicio contratado en la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”* y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán *“Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.”*. En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en las condiciones pactadas, esto es hubo demoras en la recolección y distribución del producto.

De otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral

---

documentales respecto de las órdenes de cargue de producto arroz, azúcar y aceite (Cuaderno No. 4 folios 1837 a 1863).

<sup>218</sup> En concordancia con la disposición contenida en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 que establece la obligación para los miembros de la Bolsa de: *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*.



8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010<sup>219</sup>, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*. En efecto como se ha explicado, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles, de acuerdo con los parámetros de conducta que determina la buena fe objetiva.

En consecuencia, ante una operación de esta complejidad, el análisis previo de riesgos y viabilidad de la operación así como de las condiciones y obligaciones contenidas en las fichas técnicas de negociación debió efectuarse con la previsibilidad, cuidado y diligencia propias de su calidad de profesional del mercado bursátil. En efecto, la doctrina y jurisprudencia han definido al profesional en los siguientes términos: *“En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular; de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva”*<sup>220</sup>.

No obstante lo anterior, para efectos de graduación de la sanción serán tenidos en cuenta los aspectos atenuantes de la conducta.

#### **XI. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA RECOMPRA EN LA OPERACIÓN CGT No. 13212862.**

La sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación financiera No. 13212862, el 27 de abril de 2011 sobre 42 contratos ganaderos a término por un valor futuro que ascendía a la suma de

<sup>219</sup> Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. *“8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”*.

<sup>220</sup> Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: Jose Ignacio Narváez García- Julio Cesar Uribe Acosta.



\$478.732.800 con fecha máxima de recompra el 27 de abril de 2012<sup>221</sup>. Sin embargo llegada la fecha de recompra, ésta no se efectuó<sup>222</sup>.

Al respecto señala la sociedad comisionista en sus descargos que:

*“El día 24 de noviembre de 2011 fue recibida la comunicación PC-699 de la presidencia de la Cámara de Compensación de la Bolsa Mercantil de Colombia – BMC, donde informaba que cumpliendo instrucciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir de la fecha, se suspendía la aceptación de las operaciones sobre CGT y las operaciones abiertas debían cumplirse en la fecha prevista. Dicha comunicación fue comunicada al mandante (...) recordándosele los vencimientos pendientes (...)*

*De igual forma se mantuvieron conversaciones contantes (sic) con el cliente, el cual informó, previo al vencimiento, que se encontraba en una situación de iliquidez muy importante que le impediría cumplir con el cien por ciento (100%) de las obligaciones.*

*Debe advertirse que el cambio de instrucciones dado por la Superintendencia Financiera de Colombia tomó por sorpresa al mandante y a la sociedad que represento, situación que impidió que una cualquiera de las dos pudiera cumplir con la operación dentro de los términos previstos inicialmente”.*

En efecto, obra en el expediente comunicación del 15 de diciembre de 2011, en la cual, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** remite a su mandante Consuelo Collazos copia de comunicación de la CC Mercantil en donde suspende la realización de operaciones CGT lo cual conlleva a la imposibilidad de renovar las posiciones abiertas. Por lo tanto le recuerda el vencimiento de la operación 13212862 el 27 de abril de 2011, señalando que los recursos deben estar depositados al vencimiento<sup>223</sup>. Anexa comunicación PC-699 del 24 de noviembre de 2011 de la CC Mercantil en la cual informa sobre la suspensión de las operaciones sobre contratos a término<sup>224</sup>.

Al respecto se debe aclarar que la forma de liquidar estas operaciones, es con el pago y no, como se desprende del argumento de la sociedad comisionista, con la celebración de otra operación, es decir con una “renovación”. Así, cada negociación realizada en Bolsa es independiente y conlleva sus propias obligaciones. Es por esto, que independientemente de los proyectos de negociación que tenga una sociedad comisionista, la misma debe cumplir las operaciones pactadas de forma cabal, oportuna e íntegra.

<sup>221</sup> Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 481).

<sup>222</sup> Certificación de incumplimiento mediante comunicación PSD-203 del 30 de abril de 2012 (Cuaderno No. 1 folio 486)

<sup>223</sup> Cuaderno No. 2 folio 575

<sup>224</sup> Cuaderno No. 2 folio 574



De otra parte debe señalarse frente a la suspensión de las operaciones CGT, que ésta precisamente responde a la coyuntura de este tipo de operaciones y la necesidad de tomar medidas frente a los incumplimientos de las obligaciones en cabeza de las sociedades comisionistas partícipes en este mercado, que se estaban presentando. Igualmente es claro, que la coyuntura de los contratos a término venía de tiempo atrás tanto por las situaciones de mercado como la regulación expedida<sup>225</sup> y por lo tanto no es aceptable alegar que no podía ser previsible la medida adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Ahora bien, mediante correo electrónico del 12 de abril de 2012, la representante legal suplente de la CC Mercantil, informa a **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** que la mandante le manifestó que no contaba con los recursos para el pago de esta operación sin embargo presentará alternativas para cumplir con sus obligaciones, y solicita a la sociedad comisionista coordinar la reunión con la mandante, la CC Mercantil y la sociedad comisionista allegando a la misma los últimos informes de visita<sup>226</sup>.

Obra en el expediente compromiso de pago suscrito el 24 de abril de 2012 por Consuelo Collazos en el cual la mandante se compromete a *“Entregar la suma de \$478.732.800,00 en diez (10) cheques postfechados, iguales de \$47.873.280,00 (cuarenta y siete millones ochocientos setenta y tres mil doscientos ochenta pesos mcte) los cuales se deberán consignar los días 20 de cada mes o el siguiente día hábil a partir del mes de mayo de 2012, el valor de estos cheques será abonado a capital”*, así como al pago de los intereses<sup>227</sup>. Sin embargo como se señaló

<sup>225</sup> En efecto, para ese momento ya se había expedido la siguiente regulación respecto de los contratos a término: (i) Boletín Instructivo No. 12 del 27 de marzo de 2009: suspensión de las operaciones CAT con mandantes que no cuenten con posiciones abiertas a esa fecha. Adicionalmente, los mandantes facultados para celebrar operaciones no podrán superar la exposición que tengan vigente a la fecha de corte señalada, (ii) Boletín Instructivo No. 14 del 30 de abril de 2009: implementación de autorización previa por parte de la entonces CRCBNA para la celebración de contratos a término, (iii) Boletín Instructivo No. 16 del 04 de mayo de 2009: nuevos requisitos necesarios para tramitar la autorización previa necesaria para la celebración de contratos a término (certificado de tradición y libertad del inmueble en donde se encuentren los subyacentes, certificación que acredite la transferencia de la propiedad de los animales objeto de la operación y concepto del asesor legal del comitente vendedor que acredite jurídicamente que los animales objeto de la negociación no harían parte de un proceso reorganización empresarial u otro), (iv) Boletín Instructivo No. 41 del 14 de septiembre de 2009: suspensión temporal de las operaciones CPT con mandantes que no cuenten con posiciones abiertas al 11 de septiembre de 2009. Los mandantes facultados para celebrar operaciones, no podrán superar la exposición que tengan vigente a la fecha de corte mencionada, (v) Boletín Instructivo No. 38 del 04 de septiembre de 2009: las sociedades comisionistas no podrán aumentar la exposición existente en pesos que tienen por mandante, mediante la celebración de nuevas operaciones en las fechas de vencimiento, por concepto de estos contratos.

<sup>226</sup> Cuaderno No. 2 folio 573

<sup>227</sup> Cuaderno No. 2 folios 567 a 570



previamente se certificó el incumplimiento de la operación el 30 de abril de 2012, mediante comunicación PSD-203<sup>228</sup>.

Adicionalmente, obra en el expediente copia de los 10 cheques girados por la mandante con fechas desde el 20 de mayo de 2012 al 20 de febrero de 2012 y del cheque para el pago de intereses con fecha del 20 de marzo de 2012<sup>229</sup>.

Igualmente, la CC Mercantil mediante comunicación del 20 de diciembre de 2012 informó que la operación a la fecha no contaba con saldo pendiente en razón de los pagos efectuados por el mandante en virtud del acuerdo de pago y los pagos efectuados por Seguros Cóndor en virtud del contrato de transacción suscrito con la CC Mercantil<sup>230</sup>.

De acuerdo con todo lo anterior evidencia la Sala que si bien se presentó un incumplimiento en la recompra de la operación en la fecha pactada para el efecto, la conducta no reviste de mayor materialidad ni representa un incumplimiento de mayor magnitud, pues es únicamente una operación y a la fecha no presenta saldo, adicionalmente la sociedad comisionista efectuó gestiones incluso antes de que se presentara el incumplimiento para lograr el cumplimiento de sus obligaciones y el pago por parte.

No obstante lo anterior, debe llamarse la atención de la sociedad comisionista en cuanto las operaciones celebradas en este mercado deben cumplirse en los términos y condiciones pactadas.

En efecto, en la doctrina de la Cámara Disciplinaria se ha reiterado que la obligación de recompra se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa, quien es la única capaz de participar en este mercado, toda vez que se encuentra actuando en virtud del contrato de comisión, en desarrollo de su objeto social exclusivo, y por tanto frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es la sociedad la llamada a cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la normatividad vigente ya que el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad radica en cabeza suya exclusivamente.

---

<sup>228</sup> La sociedad comisionista investigada solicita decretar el incumplimiento el 27 de abril de 2012 (Cuaderno No. 1 folio 484) y el mismo día la CC Mercantil solicita se evalúe declarar el incumplimiento (Cuaderno No. 1 folio 485).

<sup>229</sup> Cuaderno No. 2 folios 563 a 566

<sup>230</sup> Cuaderno No. 2 folio 863. Remite informe técnico de visita y verificación realizadas (Cuaderno No. 2 folios 847 a 851)



Lo anterior, encuentra plasmado en el Reglamento de la Bolsa, que en su artículo 4.2.1.10 establece: *“Cuando las operaciones sean celebradas en virtud del contrato de comisión, será obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa cumplir con las obligaciones derivadas del Código de Comercio y demás normas aplicables y verificar que su comitente posea capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso. Sin perjuicio de lo anterior, **la sociedad comisionista miembro de la Bolsa será la obligada frente al mercado respecto de la operación celebrada** y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente”*. (negrillas por fuera del texto original)

En la misma línea el artículo 3.3.1.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC establece la obligación del miembro que actúa en contrato de comisión, de verificar que su comitente tenga capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso<sup>231</sup>.

Como es sabido no es posible en este mercado, alegar como justificación del incumplimiento de las operaciones, la falta de provisión de fondos por parte del cliente como lo señala entre otras disposiciones el artículo 3.1.1.6. del Reglamento de la Bolsa<sup>232</sup>.

Por lo anterior, si bien las circunstancias presentadas y analizadas por la Sala de Decisión atenúan la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista toda vez que se evidencian gestiones para evitar el incumplimiento, no exonera de responsabilidad toda vez que tal y como se mencionó, la obligación de recompra se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista y no es posible en el escenario de la Bolsa alegar la falta de provisión de fondos, así, en el caso concreto no cumplió con su obligación sin existir causal que pueda constituirse en un factor eximente de responsabilidad. En efecto, como se anotó la suspensión de los contratos no es una circunstancia que implique que no se pueda pagar la operación a su vencimiento.

<sup>231</sup> **“Artículo 3.3.1.1.- Tipos de operaciones.** Las operaciones celebradas a través de los mercados administrados por la Bolsa deberán realizarse a través de las siguientes modalidades:

(...)

2. Según la forma de actuación del miembro: Podrán ser en contrato de comisión o en cuenta propia. (...) es obligación del miembro que actúa en contrato de comisión, verificar que su comitente tenga capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso.

*Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que celebre una operación será el principal obligado respecto de la operación celebrada en el mercado y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente.”*

<sup>232</sup> **“Artículo 3.1.1.6.- Responsabilidad especial.** Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por el solo hecho de participar en cualquiera de los mercados administrados por la misma, declara y acepta que las operaciones efectuadas por ésta la obligan en los términos establecidos en el marco legal y reglamentario aplicable a su actuación. En particular, cuando actúen en desarrollo del contrato de comisión, deberán dar cumplimiento a las operaciones sin que les sea admisible alegar falta de provisión de parte de sus clientes. (...)”

El incumplimiento de la operación implica de suyo la vulneración de los deberes que como profesional del mercado que actúa en virtud de un contrato de comisión, le son aplicables.

Adicionalmente, la obligación de recompra se encuentra específicamente establecida en el artículo 11 de la Resolución 001 de 2008 expedida por la Junta Directiva de la CC Mercantil en los siguientes términos: ***“Obligaciones del mandante vendedor y de la sociedad comisionista miembro de la BNA S.A: por conducto de la cual actúa. Además de las obligaciones de custodia, engorde y de recompra, propias de la operación CGT celebrada a través de la BNA S.A., la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor adquiere las siguientes obligaciones especiales (...).”***

La sociedad comisionista investigada no cumplió con esta obligación en las operaciones de contratos a término bajo estudio y por lo tanto vulneró la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010 que establece la obligación de: *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos. (...)”*. Lo anterior implica, así mismo, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 5.2.2.2. del Reglamento de la Bolsa que determina que: *“Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán pagar el precio de compra o hacer o verificar la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia, de conformidad con el procedimiento establecido para tal efecto en el presente Reglamento, en las Circulares e Instructivos. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión. En desarrollo de la presente provisión las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán cumplir estrictamente las obligaciones que contraigan con la Bolsa, la CRCBNA y con los demás agentes del mercado”*.

Adicionalmente, al incumplir con la recompra se encuentra vulnerando las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que determinan las obligaciones generales de los miembros de la Bolsa, de cumplir con los contratos celebrados en el marco de la Bolsa, las obligaciones adquiridas y las normas aplicables, en los siguientes términos<sup>233</sup>:

*“Num. 1° Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación;*

*Num. 2 ° Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación,*

---

<sup>233</sup> Estas disposiciones se encuentran así mismo establecidas en el Decreto 1511 de 2006 en el artículo 29 sobre las obligaciones de los miembros, en el numeral 11: *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*.



*supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos;*

*Num. 7° Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado;”.*

De acuerdo con lo anterior, y por la vulneración de diferentes normas reglamentarias y legales, la sociedad comisionista investigada incumplió la disposición establecida en el artículo 5.2.1.1. que se refiere al cumplimiento de normas en los siguientes términos: *“Cumplimiento de las normas. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán obrar en todo momento de buena fe, con lealtad y como expertos prudentes y diligentes. Así mismo, deberán asegurar que las obligaciones impuestas a éstas, por las normas legales, el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa y el reglamento de la CRCBNA sean observadas, acatadas y cumplidas en todo momento.”.*

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y la defensa presentada por la sociedad investigada **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, la Sala de Decisión No. 9 de la Cámara Disciplinaria encuentra mérito suficiente para sancionar. En efecto, en el caso concreto, la sociedad comisionista incumplió sus deberes como profesional pues no dio cumplimiento a la principal obligación que surge de la celebración de una negociación en este mercado en virtud del contrato de comisión, esto es, el cumplimiento de la operación.

## XII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con todo lo anterior, encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista en las operaciones No. 9316830, 9741617, 10309847, 14090120, 14090128, 13962397, 14291361, 14291362, 12539938, 15467738, 13671708, 15154726, 11404178 y 13212862, sin embargo para efectos de la graduación de la sanción frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, se determina la sanción a imponer teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

Señala la sociedad comisionista respecto de los criterios y principios de graduación de la sanción que:



*“En cuanto hace a los criterios de graduación y respecto a los casos en concreto, se evidencia que: i) Los incumplimientos constituyen infracciones menores; ii) Los incumplimientos se ocasionaron, por circunstancias ajenas a la voluntad y constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor. En algunas oportunidades se incurrieron en sobrecostos, solo por el ánimo de dar cumplimiento a la operación. Siempre se tuvo la intención de dar fiel y estricto cumplimiento a las operaciones. Los clientes habían acreditado requisitos habilitantes, de experiencia y de vinculación como clientes, concluyéndose su capacidad para realizar y responder por las obligaciones generadas para cada operación. Se solicitó ayuda e instrucción para cumplir algunas operaciones. En su mayoría se cumplieron las operaciones a cabalidad. Nunca se alegó falta de provisión; iii) Los incumplimientos no se presentaron para obtener lucro propio y de un tercero, de igual forma no se concreto (sic) dichas situaciones; iv) La dimensión del daño o peligro para el público es mínima, partiendo de que las operaciones, en su mayoría, son antiguas y **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** las ejecuta en la actualidad de otra manera.*

*Adicionalmente, respecto a los principios, debe tenerse en cuenta que: i) Dado el principio de razonabilidad, por los argumentos expuestos en el presente documento, no se hace necesario adelantar el proceso disciplinario, ii) Siendo muy pocas operaciones y habiéndose explicado las circunstancias que rodearon los incumplimientos, debe ser proporcional la decisión que se tome al interior de la presente causa; y, iii) Se deben tener en cuenta las argumentaciones hechas por el encartado”.*

Debe anotarse en primer lugar, que los mercados bursátiles fundan sus pilares fundamentales en el cumplimiento de las operaciones en ellos celebradas, la transparencia de las negociaciones y la seguridad del mercado. Estas circunstancias son a su vez fácilmente afectables, ya que al realizarse la actividad con dineros del público, cualquier indicio de incumplimiento, inseguridad o falta de transparencia podría afectar la confianza de estos inversionistas y por lo tanto, alejarlos del mercado.

Es por esto, que en este mercado un incumplimiento de una operación genera en sí mismo, una afectación a los pilares fundamentales del mercado. En efecto, en los mercados bursátiles las operaciones deben cumplirse.

De esta manera, debe precisarse que la seguridad del mercado que se sustenta en que se trata éste de un mercado reglado, con altos estándares éticos y de conducta en donde el cumplimiento de las negociaciones se convierte en una máxima del escenario de negociación, se ve afectada por el incumplimiento de una operación. En efecto, con este principio, se protege a los agentes del mercado y el escenario de negociación, de prácticas que puedan poner en peligro su seguridad, lo cual puede lograrse sólo si los intermediarios ajustan su conducta a los deberes de la actividad que desarrollan.

Por su parte, la seriedad del mercado se correlaciona claramente con la seguridad del mismo, ya que implica que quienes actúan en este escenario de negociación deben hacerlo con los más altos estándares de rectitud, profesionalismo y diligencia propendiendo en todo momento por el cumplimiento de las normas y de los deberes que como profesional experto y prudente le son exigibles. Así mismo, la seriedad de un mercado se relaciona con el nivel de cumplimiento de las normas existentes que se



evidencia en el mismo, cumplimiento que en un escenario bursátil debe ser estricto por parte de todos los involucrados en el mismo.

De otra parte debe aclararse que si bien existen atenuantes de la responsabilidad que deberán tenerse en cuenta en la ponderación de la sanción a imponer, no se encontró probada ninguna circunstancia que pueda tenerse como constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor

En la operación No. 9316830 se encuentra que se presentaron circunstancias con la cosecha de Maíz Blanco Nacional que dificultaron el cumplimiento de los términos pactados lo cual debe tenerse en cuenta como atenuante de la responsabilidad, adicionalmente el producto finalmente se entregó en su totalidad aunque de manera extemporánea.

En la operación No. 9741617 debe anotarse que se aleja de los deberes que como profesional le son aplicables, el incumplir la operación en su totalidad sin ninguna justificación, cuando para la contraparte el no demostrar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la subasta conllevaría sanciones. Dicha circunstancias agrava la infracción teniendo en cuenta además que se trataba de una operación de magnitudes significativas (valor total negociado: \$899.382.000).

Frente a la operación No. 10309847 se entregó la mayoría del producto pactado e igualmente se efectuaron diversas gestiones para intentar dar cumplimiento a la operación. De igual manera debe tenerse en cuenta que la contraparte tuvo ciertas imprecisiones en el desarrollo de la operación que se sumaron a los inconvenientes logísticos presentados para entregar el producto en la fecha pactada.

En lo que se refiere a las operaciones No. 14090128 y 14090120 se encuentra que se llegó a un acuerdo para resarcir al comprador y entregar finalmente el producto pactado en la operación No. 14090128 y producto similar en la operación No. 14090120, lo cual atenúa la conducta pues mitiga los efectos del daño causado con el incumplimiento. Igualmente se evidencia que la sociedad comisionista efectuó un seguimiento constante a la operación así como acompañamiento permanente a su mandante. En efecto, durante el desarrollo de la operación estuvo atenta a los pormenores presentados y a la búsqueda de soluciones frente a los mismos.

En la operación No. 13962397 nuevamente se incumple una operación celebrada para efectos de acreditar absorción de cosecha nacional, sin embargo finalmente se efectúa la entrega pero de manera extemporánea, lo cual mitiga el daño causado.

Por su parte en las operaciones No. 14291361 y 14291362 se encuentra que no se cumplió con la entrega de la totalidad del producto pactado en la fecha acordada ni después de la



prórroga otorgada, sin embargo se entregó de manera extemporánea el producto más una indemnización lo cual atenúa la conducta.

Por su parte en lo que se refiere a la operación No. 12539938 debe señalarse que se trataba de una operación de una complejidad alta, en donde finalmente se logró entregar la totalidad de los desayunos objeto del servicio negociado e igualmente se evidencia un constante seguimiento de la operación y una actitud proactiva por parte de la punta vendedora efectuando diversas reuniones así como intentando dar solución a cada inconvenientes presentado. Todo lo anterior atenúa la responsabilidad y mitiga el impacto del incumplimiento, teniendo en cuenta que se trataba de una operación que involucraba un interés social.

En la operación No. 15467738 encuentra la Sala que no es aceptable que un profesional del mercado no efectúe una revisión adecuada de la ficha técnica de negociación y no informe a su mandante que no es posible interpretar un requisito que se establece de manera clara y expresa en dicho documento. Situación que llevó a que se tuviera que anular la operación.

Frente a la operación No. 13671708 se debe tener en cuenta que el incumplimiento no se presenta por un desdén o voluntad de incumplir, sino que se presentan diferentes circunstancias frente a los requerimientos específicos del producto que concluyen en el incumplimiento total de la operación tanto en el pago, como en la entrega. Debe anotarse que afecta la seriedad del mercado que las operaciones no se cumplan y no se adopten medidas para solventar la situación.

Igualmente, en el caso de la operación No. 15154726 encuentra la Sala que se afecta la seriedad del mercado al no recibir el producto sin ningún sustento reglamentario, intentando implementar procedimientos no contemplados en las normas aplicables. En esta operación la sociedad comisionista no recordó que nos encontramos en un mercado regulado, en donde las negociaciones deben cumplirse en la manera como fueron cantadas en la Rueda de Negociación. Nuevamente una operación se incumple prácticamente en su totalidad, y no hay entregas ni pago.

En lo que se refiere a la operación No. 11404178 se evidenció que se trataba de una operación de una complejidad alta y que se presentaron diferentes circunstancias que dificultaron el cumplimiento incluso algunas atribuibles al comprador; adicionalmente se encontró que hubo voluntad de cumplimiento y un seguimiento permanente a las circunstancias presentadas, todo lo cual atenúa la conducta.

Finalmente en lo que se refiere al incumplimiento en la recompra de la operación CGT No. 13212862, se trata de una conducta que no reviste de mayor materialidad ni representa



un incumplimiento de mayor magnitud pues es únicamente una operación y a la fecha no presenta saldo, adicionalmente la sociedad comisionista efectuó gestiones antes de que se presentara el incumplimiento para lograr el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, de manera general debe anotarse que no concuerda la Sala con el área de seguimiento en cuanto por la cantidad de operaciones se evidencia una reincidencia en el incumplimiento pues se trata de operaciones celebradas durante desde el año 2009 hasta el 2012, por lo tanto no se puede hablar de reincidencia cuando se sanciona en incumplimiento de 14 operaciones en un lapso de tres años.

Así las cosas, la Sala analiza en conjunto los incumplimientos estudiados, teniendo en cuenta para el efecto, todas las circunstancias atenuantes y agravantes de la conducta e impone una sanción pecuniaria en relación con todas ellas. De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, los antecedentes de la sociedad comisionista y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 9 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de **MULTA DE SEIS (6) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**

### XIII. RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.** con **MULTA DE SEIS (6) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por el incumplimiento de las operaciones sobre físicos No. 9316830, 9741617, 10309847, 14090120, 14090128, 13962397, 14291361, 14291362, 12539938, 15467738, 13671708, 15154726 y 11404178 y la operación financiera No. 13212862, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente Resolución. La consignación deberá acreditarse en el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable.



**ARTICULO TERCERO:** Notificar a la sociedad, **OPCIONES BURSÁTILES DE COLOMBIA S.A.**, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

**ARTICULO CUARTO:** Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

**ARTICULO QUINTO:** Comunicar a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Vicepresidencia Secretaría General de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. el contenido de esta Resolución para lo de su competencia, una vez ésta se encuentre en firme.

Dada en Bogotá, D.C., a los doce (12) días del mes de agosto de 2013

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**(Original Firmado)**

**REINALDO VÁSQUEZ ARROYAVE**  
Presidente

**(Original Firmado)**

**ISABELLA BERNAL MAZUERA**  
Secretaria



BOLSA  
MERCANTIL  
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15  
Edificio Teleport Business Park  
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165  
Bogotá D.C.  
[www.bolsamercantil.com.co](http://www.bolsamercantil.com.co)